

Fakten oder Fiktion?
**Die Frage des fairen Zugangs zu
Invalidenleistungen**

Schlussfolgerungen aus
dem Rechtsgutachten

**«Grundprobleme der
Invaliditätsbemessung in der
Invalidenversicherung»**

vom 22. Januar 2021, erstattet für die Coop Rechtsschutz AG,
von Prof. Dr. iur. Thomas Gächter, RA Dr. iur. Philipp Egli,
RA Dr. iur. Michael E. Meier und Dr. iur. Martina Filippo

Zürich/Winterthur, 27. Januar 2021

Inhalt

A. Einleitung	3
B. Fiktion des «ausgeglichenen Arbeitsmarkts»	5
C. Der ausgeglichene Arbeitsmarkt in der bundesgerichtlichen Praxis	6
D. Rechtliche Würdigung der Rechtspraxis zum ausgeglichenen Arbeitsmarkt und Korrekturvorschläge	11
I. Notwendigkeit und Folgen eines Schwarz–Weiss–Konzepts.....	11
II. Ausgestaltung der Härtefallregelung – Kritik und Korrekturvorschläge	13
1. Notwendigkeit einer «Altersguillotine».....	13
2. Analogie: Langer Rentenbezug und Verbleib in derselben Tätigkeit?.....	17
3. Nischenarbeitsplätze als Musterfall der Härtefallregelung.....	19
E. Lohnstrukturerhebung (LSE) und Tabellenlöhne in der Invaliditätsbemessung	22
Fokus: Weiterentwicklung der IV	24
F. Tabellenlohn und Tabellenlohnabzug in der bundesgerichtlichen Praxis	27
I. Entwicklung und Praxis	27
II. Würdigung	33
G. Ausgewählte Probleme der Verwendung der LSE.....	36
I. Übersicht: «Fast fiktive Lohnniveaus»	36
II. Einschluss ungeeigneter Stellen	37
III. Gesundheitlich bedingte «Lohndiskriminierung»	38
IV. Praxis zum Tabellenlohnabzug.....	39
V. Grossregionen	39
VI. LSE-Tabellenlöhne als Hindernis für den IV-Eingliederungsauftrag	41

H. Alternativen zur heutigen LSE-Praxis	44
I. Erhebungen über konkrete Arbeitsplätze.....	44
II. Potenziale der LSE ausschöpfen.....	45
III. Informationen aus dem konkreten Verfahren	46
IV. Realitätsbezogene Pauschalisierung als <i>ultima ratio</i> ?.....	46
V. GAV und Lohnempfehlungen	47
VI. SAKE-Daten und Lohnrechner.....	47
I. Folgerungen / Lösungsansätze.....	49
I. Folgerungen	49
II. Eigener Lösungsansatz	50
K. Kernpunkte (Zusammenfassung).....	53

A. Einleitung

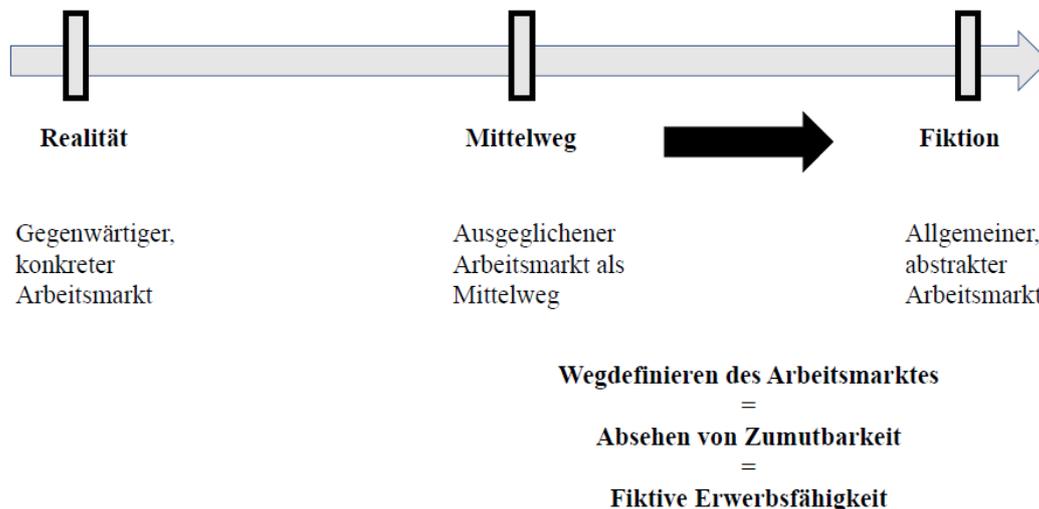
- 1 «*Fakten oder Fiktion? Die Frage des fairen Zugangs zu Invalidenleistungen*» – so lautet der Titel des Weissenstein-Symposiums, das die Coop Rechtsschutz AG ins Leben gerufen hat und für welches ein ausführliches, rechtswissenschaftliches Gutachten verfasst worden ist. Der faire Zugang zu Invalidenleistungen war in den vergangenen Jahren bekanntlich Gegenstand grösserer Kontroversen in der Rechtswissenschaft. Im Vordergrund stand dabei in erster Linie die gesundheitliche Komponente des Invaliditätsbegriffs. Auftrag
- 2 Weniger Aufmerksamkeit fand in der rechtswissenschaftlichen Lehre dagegen die *erwerbliche* Komponente der Erwerbsunfähigkeit. Namentlich die allgemeine Methode des Einkommensvergleichs – der Regelfall bei der Invaliditätsbemessung (vgl. Art. 16 ATSG) – und die mit dieser Methode verbundenen grundsätzlichen Fragen rund um die Invaliditätsbemessung harren noch einer vertieften juristischen Aufarbeitung. Entsprechend der einleitend erwähnten Frage «Fakten oder Fiktion?» stehen dabei die Fiktion des ausgeglichenen Arbeitsmarktes und die fast fiktiven Lohnniveaus lohnstatistischer Angaben im Vordergrund. Offene Fragen
- 3 Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit (vgl. auch Art. 4 Abs. 1 IVG) verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise *Verlust der Erwerbsmöglichkeiten* auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Art. 7 Abs. 1 ATSG). Für die Bestimmung des *Invaliditätsgrades* wird das Erwerbseinkommen, das die erwerbstätige Person nach Eintritt der Invalidität durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (sog. Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (sog. Valideneinkommen). Der *Invaliditätsgrad* berechnet sich bei erwerbstätigen Versicherten durch einen Einkommensvergleich, und zwar nach folgender Formel: Invalidität und ihre Bemessung
- $$\begin{aligned} & (\text{Valideneinkommen} - \text{Invalideneinkommen}) \times 100 \div \text{Valideneinkommen} \\ & = \\ & \text{Invaliditätsgrad} \end{aligned}$$
- 4 Gemäss ständiger Rechtsprechung zu Art. 16 ATSG ist der Invaliditätsgrad «so konkret wie möglich» zu bestimmen und wird nicht etwa medizinisch-theoretisch festgelegt: «Der Invaliditätsbegriff, verstanden als Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit, verlangt, dass die wirtschaftlichen Auswirkungen *wirklichkeitsnah* und *individuell* bestimmt werden.» Dabei bestimmt sich das Mass der Erwerbsunfähigkeit nach *objektiven Kriterien* und damit nach der Erwerbseinbusse, welche die versicherte Person auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt bei zumutbarer Verwertung ihrer verbleibenden Arbeitsfähigkeit erleidet (Art. 16 ATSG). Gesundheitliche wie erwerbliche Abklärungen zur Erwerbsunfähigkeit «gipfeln eigentlich in der Frage, welche Art von Arbeit dem Versicherten zumutbar sei». Das Kriterium des ausgeglichenen Arbeitsmarktes weist darauf hin, dass der Verdienst, den eine versicherte Person mit ihrer Arbeit in einem Objektive Kriterien

zufälligen Zeitpunkt tatsächlich erzielt, grundsätzlich kein genügendes Kriterium für die Bestimmung der Erwerbsunfähigkeit darstellt: «Ausschlaggebend ist der dem Zustand des Versicherten entsprechende objektive Durchschnittsverdienst, während der tatsächliche Verdienst möglicherweise nur vorübergehend ist; würde auf ihn allein abgestellt, so könnte je nach seiner Höhe eine dauernde Begünstigung oder Benachteiligung des Versicherten eintreten».

B. Fiktion des «ausgeglichenen Arbeitsmarkts»

- 5 Der Begriff des ausgeglichenen Arbeitsmarktes dient dem gesetzlichen Zweck, konjunkturelle Schwankungen auf dem Arbeitsmarkt zu bereinigen und auf Durchschnittsverhältnisse abzustellen. Der ausgeglichene Arbeitsmarkt ist Ausfluss der Erwerbsunfähigkeit (Art. 7 ATSG) und verdeutlicht, dass das Nichtfinden einer Arbeitsstelle (Erwerbslosigkeit) in der Invalidenversicherung nicht versichert ist. Problematisch ist es nach hier vertretener Auffassung, den ausgeglichenen Arbeitsmarkt mit einem *fiktiven Arbeitsmarkt* gleichzusetzen, auf dem jedermann ein seinen geistigen und körperlichen Fähigkeiten und seiner Ausbildung entsprechender Arbeitsplatz offensteht. Denn damit wird die gesetzliche Methode der individuell-konkreten Invaliditätsbemessung nach Art. 16 ATSG und Art. 28a IVG unterlaufen und durch eine theoretische und abstrakte Betrachtung ersetzt: Von den persönlichen Verhältnissen der versicherten Personen lässt sich aber in der Invalidenversicherung nicht absehen, ohne dass die Zumutbarkeit zur Zumutung wird. Zweck
- 6 Auffallend ist, dass Verwaltungspraxis und Rechtsprechung auf der Achse zwischen Realität (tatsächlicher Arbeitsmarkt) und Fiktion (ausgeglichener Arbeitsmarkt) über die Jahrzehnte deutlich *in Richtung Fiktion* gerückt sind. Das Bundesgericht führt heute wie selbstverständlich aus, die Invaliditätsbemessung der IV beruhe «auf verschiedenen Fiktionen – insbesondere einer ausgeglichenen Arbeitsmarktlage» (BGE 141 V 343). Das *Wegdefinieren des Arbeitsmarktes* hebt die Zumutbarkeit aus und führt letztlich zu einer fiktiven Erwerbsfähigkeit. Fiktion

Abbildung: Ausgeglichener Arbeitsmarkt



- 10 Das Abstellen auf eine fiktive Erwerbsfähigkeit hat zur Folge, dass sich die fehlende oder erschwerte Eingliederungsfähigkeit und Vermittelbarkeit von behinderten Personen auf dem realen Arbeitsmarkt *einseitig zulasten der behinderten Personen auswirken*. Für die betroffenen Personen bedeutet dies im Ergebnis weniger «Eingliederung vor Rente» als vielmehr «weder Eingliederung noch Rente». Fiktion

C. Der ausgeglichene Arbeitsmarkt in der bundesgerichtlichen Praxis

- 7 Im Jahr 1984 hat das Bundesgericht im Leitentscheid BGE 110 V 273 den «ausgeglichene Arbeitsmarkt» näher definiert. Es hielt fest, dass es sich bei diesem Begriff um ein theoretisches und abstraktes Konzept zur Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit der Arbeitslosenversicherung und der Invalidenversicherung handle. Das Konzept gehe von einem gewissen Gleichgewicht zwischen Arbeitsangebot und -nachfrage aus und unterstelle gleichzeitig, dass der Arbeitsmarkt einen Fächer verschiedenster Tätigkeiten beinhalte, und zwar sowohl bezüglich beruflicher und intellektueller Voraussetzungen als auch hinsichtlich des körperlichen Einsatzes. Aufgrund dieser Annahmen gelte es zu beurteilen, ob eine betroffene Person unter den konkreten Umständen die Möglichkeit habe, ihre Erwerbsfähigkeit zu nutzen, und ob sie ein Einkommen erzielen könne, das den Anspruch auf eine Rente ausschliesse. 35-jähriger Leitentscheid
- 8 In späteren Entscheiden konkretisierte das Bundesgericht, dass bei der Beurteilung nicht von realitätsfremden Einsatzmöglichkeiten auszugehen sei, sondern nur von Tätigkeiten, die unter Berücksichtigung der gesamten objektiven und subjektiven Gegebenheiten des Einzelfalles zumutbar seien. Die Anforderungen an die Umschreibung der noch zumutbaren Tätigkeiten seien nicht hoch und Vorinstanz und Verwaltung hätten im Rahmen des Einkommensvergleichs keine konkreten Arbeitsstellen nachzuweisen, sondern es werde vielmehr von einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt ausgegangen (weshalb unbeachtlich ist, ob der Arbeitsplatz frei oder besetzt ist). Konkretisierungen
- 9 Das Bundesgericht geht zudem davon aus, dass der ausgeglichene Arbeitsmarkt auch sogenannte Nischenarbeitsplätze umfasst, also Stellen- und Arbeitsangebote, bei denen Behinderte mit einem sozialen Entgegenkommen von Seiten des Arbeitgebers rechnen können. Nischenarbeitsplätze
- 10 Allerdings dürfen im Rahmen der Selbsteingliederung von einem Versicherten nicht realitätsfremde und in diesem Sinne unmögliche oder unzumutbare Vorkehren verlangt werden. Gemäss der Ansicht des Bundesgerichts ist eine Unverwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit in denjenigen Fällen anzunehmen, in denen die zumutbare Tätigkeit nur in so eingeschränkter Form möglich ist, dass sie der ausgeglichene Arbeitsmarkt praktisch nicht kennt oder sie nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wäre und das Finden einer entsprechenden Stelle daher von vornherein als ausgeschlossen erscheint. Realitätsfremde Vorkehren
- 11 Bis anhin existiert weder auf Gesetzes- noch Verordnungsebene eine offizielle und abschliessende Liste mit den zu berücksichtigenden Kriterien, wenn es um die **Beurteilung der Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit** geht. Ebenso wenig gibt es gesetzliche Regelungen dazu, wann von einer Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit ausgegangen werden kann. Darum stellt das Bundesgericht im Einzelfall auf verschiedene Kriterien ab, die sich in den letzten Jahrzehnten in der Praxis herausgebildet haben. Einzelne Kriterien werden nachstehend skizziert und kommentiert. Keine gesetzliche Grundlage

- 12 Bereits an dieser Stelle kann darauf hingewiesen werden, dass es sich bei diesen Kriterien um die *gleichen* handelt, die – so denn die Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit angenommen wird – auch zur Beurteilung der *Angemessenheit eines allfälligen Tabellenlohnabzugs* herangezogen werden. Verhältnis zum Tabellenlohnabzug
- 13 Das Kriterium «**Alter**» wird von betroffenen Versicherten in streitigen Fällen sehr oft vorgebracht, wenn sie der Ansicht sind, dass sie ihre Restarbeitsfähigkeit nicht mehr verwerten können. Entsprechend vielfältig (und unübersichtlich) gestaltet sich die Kasuistik des Bundesgerichts. Das fortgeschrittene Alter wird von vielen versicherten Personen als grosse Hürde bei der Zumutbarkeit einer (hypothetischen) Verweistätigkeit auf dem realen Arbeitsmarkt wahrgenommen. Das ist insofern wenig überraschend, als ein fortgeschrittenes Alter (ab 55) bereits bei «herkömmlicher», wirtschaftlich bedingter Arbeitslosigkeit auch medial und in der Politik als hemmender Faktor anerkannt wird und in den letzten Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen hat. Allerdings sticht eine deutliche Mehrheit von Entscheiden hervor, welche die Verwertbarkeit bejahen. Die Rechtsprechung wird denn nicht nur von involvierten Akteuren als streng, sondern selbst vom Bundesgericht als «restriktiv» verstanden. Die Ausgangsthese einer abstrakten, d.h. vom tatsächlichen Arbeitsmarkt losgelösten Betrachtung spiegelt sich deutlich in der bundesgerichtlichen Hypothese wider, Hilfsarbeiten würden «*altersunabhängig*» nachgefragt. Mit dieser Begründung wurden z.B. für einen 62 $\frac{3}{4}$ Jahre alten Versicherten noch «Sortier- und Überwachungsarbeiten» als zumutbar erachtet, ohne dass die genannten Sortier- und Überwachungsarbeiten spezifiziert wurden, in denen der Versicherte für die letzten zwei Erwerbsjahre eine neue Tätigkeit hätte finden können. Der Einzelfall wird tatsächlich eher selten genauer beleuchtet. Umfassende Begründungen finden sich aber immer dann, wenn eine Verwertbarkeit ausnahmsweise verneint wird Reiche Kasuistik
- 14 Eine «**arbeitsmarktliche Desintegration**» kann einerseits dann vorliegen, wenn eine Person seit längerer Zeit – meist mehreren Jahren – nicht mehr als Arbeitnehmer am Arbeitsmarkt teilgenommen hat. Eine Desintegration zeigt sich aber auch dann, wenn eine Person während langer Zeit selbständig erwerbstätig gewesen ist und daher nur schwer wieder in den «Arbeitnehmer-Markt» integriert werden kann, oder wenn sie während Jahrzehnten als Arbeitnehmer an der gleichen Stelle gearbeitet hat. Nach der bundesgerichtlichen Praxis findet eine lange dauernde Abwesenheit vom Arbeitsmarkt Berücksichtigung bei der Beurteilung der Verwertbarkeit. Die Absenz muss jedoch Jahre, wenn nicht Jahrzehnte, gedauert haben. Kürzere, auch mehrjährige, Unterbrüche in der Erwerbsbiografie werden nicht berücksichtigt. Bezüglich der untersuchten Entscheide darf festgehalten werden, dass das Bundesgericht bei sehr langer Abwesenheit vom Arbeitsmarkt (oder der langjährigen Selbständigkeit oder gleichen Stelle bei demselben Arbeitgeber) eher Abstand nimmt von abstrakten Formeln und Vermutungen und stattdessen die Besonderheiten des Einzelfalls fokussiert. Allerdings weisen die untersuchten Fälle auch mehrheitlich eine Abwesenheit von 15 oder mehr Jahren in Verbindung mit weiteren, erschwerenden Faktoren auf. Insofern fehlt ein Stück weit die Kasuistik zur Frage, wie das Bundesgericht die Auswirkungen einer mehrjährigen Absenz (z.B. ab zehn Jahren) ohne begleitende Faktoren (wie sehr fortgeschrittenes Alter oder fehlende Ausbildung) bezogen auf die Verwertbarkeit einordnen würde. Formen von Desintegration

- 15 Nebst dem Kriterium Alter stellen die **gesundheitlichen Einschränkungen** einer betroffenen Person eines der wichtigsten Kriterien bei der Beurteilung der Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit dar. Naturgemäss ist die Varianz bei diesem Kriterium sehr gross (anders als zum Beispiel beim Kriterium Alter). Entscheidend bei der Beurteilung der Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit ist nicht die konkrete gesundheitliche Einschränkung ganz allgemein, sondern ihre *Auswirkung auf dem Arbeitsmarkt*. Die Rechtsprechung zeigt, dass geltend gemachte gesundheitliche Einschränkungen im Grundsatz häufig nicht als Faktor betrachtet werden, der einer Verwertbarkeit entgegensteht. Selbst eine zeitlich stark eingeschränkte Leistungsfähigkeit schliesst die Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit kaum je aus, geht die Gerichtspraxis doch davon aus, dass selbst ein auf 25 % beschränktes Pensum verwertbar ist. Das mag auf den ersten Blick hart erscheinen. Es spiegelt aber insoweit die Voraussetzungen für eine Invalidenrente wider, gemäss denen gesundheitliche Einschränkungen in erster Linie bei der Beurteilung der medizinisch-theoretischen (Rest-)Arbeitsfähigkeit berücksichtigt werden müssen. Bei der Frage der Verwertbarkeit geht es in einem zweiten Schritt gerade darum, zu eruieren, ob der – bei einer IV-Anmeldung im Regelfall an gesundheitlichen Beschwerden leidenden – versicherten Person eine Arbeitstätigkeit *trotz* der gesundheitlichen Einschränkungen noch zumutbar ist. Die untersuchten Entscheide zeigen nun, dass dem medizinisch (häufig im Rahmen eines Gutachtens) umschriebenen Arbeitsprofil eine herausgehobene Bedeutung zukommt. Exakt umschriebene und medizinisch bedingt eingeschränkte Arbeitsprofile führen (erwartungsgemäss) eher zu einer generellen Verneinung der Verwertbarkeit. Dagegen vermögen pauschale Vorbringen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen in der Regel die Verwertbarkeitsfrage nicht zu beeinflussen. Es ist nie die gesundheitliche Einschränkung als solche – im Sinne des Leidens und des Schmerzens der versicherten Person –, die einer Verwertbarkeit entgegensteht, sondern es sind stets *exakt umschriebene, gesundheitlich bedingte, Einschränkungen des Arbeitsplatzes* (wie z.B. keine Kälte, keine Nässe, keine körperliche Tätigkeit, keinen Kundenkontakt, nur noch Nischenarbeitsplatz im zweiten Arbeitsmarkt etc.), die aus juristischer Sicht zu einer Unzumutbarkeit für den durchschnittlichen Arbeitgeber und damit einer Verneinung der Verwertbarkeit führen.
- 16 Eng mit dem Kriterium der gesundheitlichen Einschränkungen verbunden ist in der Rechtsprechung die Praxis, wonach die Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit trotz gesundheitlicher Einschränkungen von der Rechtsprechung mit dem Hinweis bejaht wird, dass den Versicherten sogenannte **leichte Arbeiten und Hilfstätigkeiten** nach wie vor zumutbar sind. Das betrifft u.a. diejenigen Konstellationen, in denen die gesundheitlichen Einschränkungen die Aufgabe und Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen, angestammten Tätigkeit zur Folge haben, eine Verweistätigkeit in Form leichter Hilfsarbeiten medizinisch-theoretisch aber noch als vollschichtig oder teilweise möglich attestiert wird. Dabei schätzt das Bundesgericht den ausgeglichenen Arbeitsmarkt bezüglich vorhandener Hilfsarbeiten sehr optimistisch ein. Trotz zunehmender Technisierung und Invalidisierung geht es davon aus, dass es auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt genügend Stellen für Personen gibt, die in ihrem körperlichen Einsatz stark eingeschränkt sind oder über wenig/keine EDV-Kenntnisse oder keine Ausbildung im Administrationsbereich verfügen. Im Bereich der leichten Hilfstätigkeiten setzt das Bun-

Grosse
Varianz

Hilfsarbeiten
in der Rechts-
praxis

desgericht zudem stark auf eine abstrakte, von jeglicher Einzelfallbezogenheit losgelöste Betrachtung. *Die formelhaft aufgeführten Tätigkeiten werden selten näher spezifiziert.*

- 17 Weitere Kriterien, die bei der Beurteilung der Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit immer wieder herangezogen werden, sind die **Notwendigkeit besonderer Rücksichtnahme des Arbeitgebers** sowie die spezifischen Arbeitsplatzanforderungen. Das Kriterium der besonderen Rücksichtnahme des Arbeitgebers deckt gewissermassen die *subjektive Betrachtung* aufgrund der Persönlichkeitsstruktur der versicherten Person ab und berücksichtigt spezifische Eigenschaften wie etwa ein besonderes Bedürfnis nach Struktur, Schwierigkeiten, selbstständig zu arbeiten, oder ein hohes Mass an Anleitung. Das Kriterium ist vor allem an die Vorgesetzten und Führungspersonen der potenziellen Arbeitgeber adressiert. Die spezifischen Arbeitsplatzanforderungen beziehen sich auf *objektive Faktoren*, die ein Arbeitsplatz in einer Verweistätigkeit in räumlicher, betrieblicher oder organisatorischer Hinsicht aufweisen muss. Das können grobe Unterscheidungen (wie z.B. keine Arbeit im Freien bei Kälte, Nässe oder Hitze) oder spezifizierte Anforderungen (keine Akkordarbeit, vorwiegend schriftliche Kommunikation) sein. In der Rechtsprechung kann u.E. grob zwischen *leicht erhöhten Anforderungen* und eigentlichen *Nischenarbeitsplätzen* unterschieden werden. Bei letzteren unterstellt das Bundesgericht in ständiger Praxis die Vermutung, dass der *ausgeglichene Arbeitsmarkt auch solche Nischenarbeitsplätze umfasst*. In der bundesgerichtlichen Praxis wurde diese Vermutung – soweit ersichtlich – nirgendwo empirisch untermauert oder belegt. Regel
- 18 Des Öfters wird von betroffenen Versicherten vorgebracht, dass aufgrund ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigungen in Zukunft mit vermehrten **Arbeitsabsenzen** zu rechnen sei. Das wirke auf zukünftige Arbeitgeber «abschreckend», weshalb sie ihre Restarbeitsfähigkeit realistischere nicht mehr verwerten könnten. Das Kriterium von längeren oder häufiger auftretenden Arbeitsabsenzen aufgrund der gesundheitlichen Einschränkungen ist dabei grundsätzlich anerkannt. Das Bundesgericht folgt u.E. in seiner Rechtsprechung zur Verwertbarkeit trotz erhöhter oder übermässiger Arbeitsabsenzen somit einer *erstaunlich realitätsnahen Betrachtung*. Die Rechtsprechung zeigt dennoch, dass zukünftige Arbeitsabsenzen nur in seltenen Fällen zur Anerkennung einer Nicht-Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit führen. Dies hat jedoch u.E. seine Ursache nicht primär im Umstand, dass Arbeitsabsenzen abstrakt nicht oder kaum als Kriterium Berücksichtigung finden, sondern in der Art und Weise der Geltendmachung im konkreten Einzelfall. Meistens wird die Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit jedoch mit dem Argument bejaht, dass zukünftige Arbeitsabsenzen nicht tatsächlich absehbar sind. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die geltend gemachten zukünftigen Arbeitsabsenzen in den Arztberichten und medizinischen Gutachten nicht genügend konkret ausgewiesen werden können. Abschrecken des Arbeitgebers
- 19 Immer wieder weisen Versicherte darauf hin, dass sie aufgrund ihrer gesundheitlichen Einschränkungen einen **vermehrten Pausenbedarf** haben. Diese Argumentation verfängt in Bezug auf die Nicht-Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit – mit Blick auf die gesichtete Rechtsprechung – kaum je. Verwertbarkeit bejaht

- 20 Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt auch die «**Region**» bei der Beurteilung der Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit kein einschränkendes Kriterium dar. Bei den betroffenen Versicherten wird folglich die Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit nicht darum verneint, weil sie in einer bestimmten örtlichen Region keine Arbeitsstelle finden können. Von den betroffenen Personen wird eine gewisse räumliche Flexibilität verlangt. Beispiel
Kein anerkanntes Kriterium
- 21 Weiteres Kriterium bei der Beurteilung der Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit kann die «**Aufgabe einer selbständigen Erwerbstätigkeit**» sein. Personen, die lange Jahre selbständig erwerbstätig waren, mögen gerade im fortgeschrittenen Alter nicht mehr immer als Arbeitnehmer gesucht sein. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Zumutbarkeit einer Betriebsaufgabe ist reichhaltig und präsentiert sich unübersichtlich. U.E. relativ klar sind diejenigen Fälle, in welchen die versicherte Person ihrer vormals ausgeübten selbständigen Erwerbstätigkeit aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr nachgehen kann. Wird der versicherten Person gleichzeitig in einer leidensangepassten Tätigkeit eine Restarbeitsfähigkeit attestiert, ist es u.E. in solchen Konstellationen zumutbar, die (wirtschaftlich nicht mehr werthaltige) Selbstständigkeit aufzugeben. Allfällige Affektionsinteressen oder das (legitime) Anliegen, eine Nachfolgeregelung zu finden, stehen einer Verwertbarkeit nicht entgegen. Grundsätzlich anerkannt
- 22 Für die Frage der Verwertbarkeit der verbliebenen Restarbeitsfähigkeit auf dem aus medizinisch-theoretischer Sicht grundsätzlich in Betracht fallenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt können nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter Umständen auch **erfolglose Bemühungen um eine Anstellung trotz fachlicher Unterstützung**, insbesondere durch die Invalidenversicherung im Rahmen von Arbeitsvermittlung, von Bedeutung sein. Voraussetzung ist, dass die versicherte Person ihren Mitwirkungspflichten bei der beruflichen Integration vollumfänglich nachgekommen ist und auch deutlich wird, dass der fehlende Eingliederungserfolg nicht der konjunkturellen, sondern der strukturellen Verfassung des Arbeitsmarktes geschuldet ist. Grundsätzlich anerkannt

D. Rechtliche Würdigung der Rechtspraxis zum ausgeglichenen Arbeitsmarkt und Korrekturvorschläge

I. Notwendigkeit und Folgen eines Schwarz–Weiss–Konzepts

- 23 Die Darstellung der in weiten Teilen gefestigten Rechtspraxis des Bundesgerichts zum ausgeglichenen Arbeitsmarkt zeigt deutlich, dass die Verwertbarkeit einer Restarbeitsfähigkeit aktuell sehr streng beurteilt wird. Diese Schlussfolgerung wird zusätzlich durch die Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des ausgeglichenen Arbeitsmarktes unterlegt, in der aufgezeigt werden konnte, wie rechtspolitisch gewollte Verschärfungen des Zugangs zu Invalidenversicherungsleistungen in der Vergangenheit u.a. auch über eine Wandelung des zumutbaren Arbeitsmarktbegriffs angestrebt und erreicht wurden. Bewusst strenge Praxis
- 24 Bevor nachstehend auf einzelne, in den Augen der Autoren gravierende Auswüchse der Rechtspraxis eingegangen wird, muss zuerst die Konzeption des ausgeglichenen Arbeitsmarktes gewürdigt werden. Dazu muss man sich vergegenwärtigen, dass die Frage nach der Verwertbarkeit eine juristische «Entweder-oder-Entscheidung» darstellt: Entweder der versicherten Person ist die Verwertbarkeit der medizinisch ausgewiesenen theoretischen Restarbeitsfähigkeit noch zumutbar – oder die Verwertbarkeit ist nicht mehr zumutbar. Die Folge einer Unzumutbarkeit und Nichtverwertbarkeit ist ein Invalideneinkommen von CHF 0 und daraus folgend ein IV-Grad von 100%. Man hat es gewissermassen mit einem Schwarz-Weiss-Konzept tun, gemäss welchem nur eine Berentung der versicherten Person oder die grundsätzliche Anrechenbarkeit eines (hypothetischen oder tatsächlich erwirtschafteten) Invalideneinkommens zur Auswahl stehen. Eine Abstufung oder Schattierung (im Sinne einer nur teilweisen oder unter einem Vorbehalt stehenden Verwertbarkeit) ist nicht möglich. Entweder-Oder
- 25 Diese «Alles-oder-Nichts» Systematik führt dazu, *dass sich dem Einzelfall auf der Stufe der Verwertbarkeitsfrage nur schwerlich gerecht werden lässt*. Trotz aller Zugangshindernisse und Schwierigkeiten, mit denen sich versicherte Personen mit gesundheitlichen Einschränkungen bei einem Berufs- oder Tätigkeitswechsel konfrontiert sehen, dürfte in der Mehrheit der zu beurteilenden Fälle eine Unzumutbarkeit vor dem Hintergrund der direkten Folgen einer Berentung nicht begründbar sein. Zu denken ist z.B. an die meisten jüngeren Versicherten und die meisten Versicherten, denen medizinisch eine Tätigkeit unter Ausschluss schwerer körperlicher Arbeit als zumutbar attestiert wurde. Ohne die faktischen Schwierigkeiten dieser Personen verharmlosen und ohne die wirtschaftlichen Folgen für diese Personen in Abrede stellen zu wollen, widerspräche die regelmässige Annahme einer Unzumutbarkeit nicht nur der Realität auf dem Arbeitsmarkt und der allgemeinen Lebenserfahrung, sondern sie wäre auch finanziell kaum tragbar für die Invalidenversicherung. Mit anderen Worten dürfte in der Mehrheit der Fälle die – auf der Stufe der Verwertbarkeit einzig interessierende – Frage, *ob* für eine versicherte Person mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine irgendwie gelagerte Tätigkeit auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt existiert, bejaht werden. Anders zu entscheiden hiesse jeweils, die versicherte Person lebenslang zu berenten. Verwertbarkeit als Regel

- 26 U.E. ist ein Teil der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum ausgeglichenen Arbeitsmarkt vor der oben beschriebenen Dualität der Verwertbarkeitsfrage zu verstehen: Wenn das Bundesgericht beinahe formelhaft festhält, «Kontroll-, Prüfungs- und Überwachungstätigkeiten» sowie «Sortier- und Verpackungstätigkeiten in Produktions- und Dienstleistungsbetrieben» kämen als zumutbare Einsatzorte genauso in Frage wie leichte Montagearbeiten oder Tätigkeiten als Museums- und Parkplatzwächter, Empfangsmitarbeiter, Lagermitarbeiter für leichte Lager- oder Magazintätigkeiten, dann bringt dies das Dilemma zum Ausdruck, dass beim Fehlen von qualifizierenden Ausschlusskriterien gar keine andere Option als die Bejahung der Verwertbarkeit zur Auswahl steht. Zwar kann man sich fragen, inwiefern das Aufzählen von minder spezifizierten und bisweilen antiquiert anmutenden Berufsprofilen als Begründung für die Verwertbarkeit taugt. Zentral ist aber vielmehr der Umstand, dass die Rechtsanwendung rechtlich weder gehalten noch tatsächlich dazu in der Lage ist, konkrete Berufstätigkeiten näher zu benennen. Der Massstab für die Beurteilung der Verwertbarkeit einer Restarbeitsfähigkeit wird immer ein hypothetischer, nach dem jetzigen Gesetzeswortlaut in Art. 7 Abs. 1 ATSG explizit ein ausgeglichener, Arbeitsmarkt sein. Das führt dazu, dass eine Unzumutbarkeit, die restliche Arbeitsfähigkeit verwerten zu können, die Ausnahme darstellt, die es positiv zu beweisen gilt. Scheitert der Beweis, dass eine medizinisch ausgewiesene Restarbeitsfähigkeit aufgrund qualifizierender Merkmale im Einzelfall gerade nicht verwertet werden kann, so ist die Zumutbarkeit zu bejahen, ohne dass dafür konkret in Frage kommende Tätigkeiten nachgewiesen werden müssten.
- Beweis der Unzumutbarkeit
- 27 Die obigen Ausführungen werden von *zwei Schranken* eingeeht. Wenn die Verwertbarkeit einer Restarbeitsfähigkeit durch die versicherte Person positiv bewiesen werden muss, bedarf es einerseits einer klaren und griffigen *Härtefallregelung*. Wenn auch in der Mehrheit der Fälle eine Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit nicht ausgeschlossen werden kann, bestehen ohne Zweifel Fälle, in denen die versicherte Person aufgrund ihrer gesundheitlich bedingten Einschränkungen und der damit verbundenen Berufsaufgabe keine realistische Chance mehr auf einen Zugang zum ersten Arbeitsmarkt hat. In diesen Fällen stellt die Berentung (oder alternativ: die Durchführung von beruflichen Massnahmen verbunden mit einem Taggeldanspruch) die sinnvollste Lösung dar, das eingetretene Risiko des gesundheitlich bedingten Erwerbsausfalls abzufedern. Die Härtefallregelung darf keinesfalls zur Alibiübung verkommen. Der ausgeglichene Arbeitsmarkt mag ein fiktives Gleichgewicht von Angebot und Nachfrage einer Vielzahl verschiedener Stellen beinhalten; aus dem Konzept lässt sich aber zugleich nicht ableiten, dass jede versicherte Person in jeder Situation automatisch Zugang zum ausgeglichenen Arbeitsmarkt hat. Auf die jetzige Handhabung dieser Härtefälle in der geltenden Rechtsprechung und u.E. nötige Korrekturen wird nachfolgend vertieft eingegangen.
- Härtefall-Regelung
- 28 Nebst einer griffigen Härtefallregelung bedarf die *Art und Weise*, wie die versicherte Person ihre Restarbeitsfähigkeit noch verwerten kann, einer genaueren Betrachtung. Nur weil eine Restarbeitsfähigkeit grundsätzlich als verwertbar gilt, ist noch keine Aussage darüber getroffen, ob die versicherte Person irgendwie gelagerte, lohnrelevante Nachteile in Kauf nehmen muss. Diese Problematik wird insbesondere bei der Verwendung von Tabellenlöhnen zur Ermittlung des Invalideneinkommens genauer betrachtet.
- Separate Korrektur nötig

II. Ausgestaltung der Härtefallregelung – Kritik und Korrekturvorschläge

1. Notwendigkeit einer «Altersguillotine»

- 29 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zeigt die enorme Bedeutung des Kriteriums Alter bei der Frage der Verwertbarkeit einer Restarbeitsfähigkeit. Das fortgeschrittene Alter ist u.E. denn auch das am meisten umstrittene Kriterium, wenn es um die Frage einer generellen Zumutbarkeit geht, die verbliebene Restarbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit zu verwerten. Umstrittenes Kriterium
- 30 Entscheidend – und in der höchstrichterlichen Praxis nicht immer gänzlich trennscharf unterschieden – ist der Standpunkt der Betrachtung der Zumutbarkeitsbeurteilung. Das Risiko Alter, *i.S. einer Altersgebrechlichkeit*, ist tatsächlich eher selten ein Hinderungsgrund, weshalb eine versicherte Person eine medizinisch-theoretische Restarbeitsfähigkeit nicht mehr verwerten könnte. Wäre eine versicherte Person aufgrund der altersgemässen fortschreitenden Abnützung des Körpers nicht mehr in der Lage, zu arbeiten, müsste dies bei der medizinischen Beurteilung eingeflossen sein. Relevant ist jedoch die Sichtweise des Arbeitsmarktes *i.S. der Summe potenzieller Arbeitgeber*. Die Tätigkeit muss nicht nur der versicherten Person aufgrund ihres Alters noch zumutbar sein, sondern die versicherte Person muss trotz ihres Alters und in Anbetracht des zu vollziehenden Berufswechsels *einem neuen Arbeitgeber noch zumutbar sein*. Entscheidend ist somit, wie viele Jahre Resterwerbstätigkeit eine versicherte Person nach einem gesundheitlich bedingten Berufswechsel noch aufweisen muss, damit in der Betrachtung des Arbeitgebers eine Wiederanstellung ökonomisch noch sinnvoll erscheint. Dabei spielen nicht nur die Zeitspanne der Einarbeitung und evtl. Umschulung an eine neue Arbeitstätigkeit eine Rolle, sondern auch die bekanntermassen erhöhten Lohn- und Sozialversicherungsabgaben, insbesondere im Bereich der beruflichen Vorsorge. Frage der Betrachtung
- 31 Theoretisch anerkennt das Bundesgericht wie aufgezeigt in seiner Rechtsprechung erhöhte Schwierigkeiten in der Verwertbarkeit ab einem Alter von ca. 61 Jahren bei Männern und ab 60 Jahren bei Frauen. Die notwendige Einzelfallbeurteilung führt in der überwiegenden Mehrheit der untersuchten bundesgerichtlichen Rechtsprechung hingegen zum erstaunlichen Ergebnis, dass erst ab einem Alter von ca. 64 bei männlichen und 63 Jahren bei weiblichen Versicherten effektiv eine Unverwertbarkeit anerkannt wurde. Wurde bei versicherten Personen zwischen dem 60. und dem 64. Altersjahr auf eine Unzumutbarkeit erkannt, lagen immer (mehrere) zusätzlich qualifizierende Elemente vor, damit eine Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit verneint wird. Theorie:
ab Alter 61

Praxis:
ab Alter 64
- 32 Diese Wertung des Bundesgerichts, wonach erst ab einer Resterwerbsdauer von wenigen Monaten eine Unverwertbarkeit bejaht wird, ist mit anderen Sozialversicherungszweigen und den dortigen Wertungen des Bundesgerichts und des Gesetzgebers zu vergleichen: Inkonsistenz zu Wertungen anderer SVR-Zweige
- 33
 - Zunächst fallen die zahlreichen Berichte, Studien und Konferenzen des Staatssekretariats für Wirtschaft (Seco) zur Problematik der *Arbeitslosigkeit älterer Arbeitnehmer* auf. An dieser Stelle soll nicht im Detail auf die Problematik der Altersarbeitslosigkeit eingegangen werden. Es ist aber bemerkenswert, dass diesbezüglich ein weitreichender Konsens besteht, dass Personen ab Alter 55 erhöhte

Schwierigkeiten haben, nach einem Verlust ihrer Arbeitsstelle wieder eine neue Tätigkeit zu finden, und dass sie dem Risiko der Langzeitarbeitslosigkeit stärker ausgesetzt sind als jüngere Arbeitnehmer. Würden, wie vom Bundesgericht behauptet, gerade leichtere Tätigkeiten «grundsätzlich altersunabhängig» auf dem Arbeitsmarkt nachgefragt, würde sich die Politik kaum derart intensiv und bereits seit geraumer Zeit mit der Thematik beschäftigen.

- 34 ■ 2020 haben National- und Ständerat mit den *Überbrückungsleistungen* ein neues Sozialwerk geschaffen. Wer mit 58 Jahren oder später seine Stelle verloren und die Mindestbeitragszeit von 22 Monaten in die ALV erfüllt hat, hat nach der Aussteuerung aus der Arbeitslosenversicherung (ALV) nach dem vollendeten 60. Altersjahr Anspruch auf Überbrückungsleistungen (ÜL). Die ÜL beträgt maximal das Dreifache des Betrags für den allgemeinen Lebensbedarf bei den EL. Das sind aktuell CHF 58'350. Die ÜL soll das soziale Risiko von älteren Personen abfedern, da es für sie, sollten sie einmal ihre Stelle verloren haben, deutlich schwieriger ist, eine neue Anstellung zu finden. So dauert etwa die Stellensuche der über 50-Jährigen rund 1,5-mal länger als im gesamtschweizerischen Durchschnitt. Deshalb sind ältere Arbeitslose auch mehr von Langzeitarbeitslosigkeit, also einer Arbeitslosigkeit, die länger als ein Jahr dauert, betroffen. Insbesondere ab 55 Jahren steigt das Risiko der Langzeitarbeitslosigkeit. Der Gesetzgeber hat sich für eine Leistung ab Alter 60 entschieden: Die Überbrückungsleistung gewährleistet denjenigen Personen über 60, bei denen eine Wiedereingliederung trotz aller Bemühungen und Begleitmassnahmen nicht möglich ist, einen gesicherten Übergang in die Pensionierung. Damit soll auch der starken Zunahme der Sozialhilfebedürftigkeit der 60- bis 64-Jährigen in den letzten Jahren entgegengewirkt werden. U.E. erscheint es widersprüchlich und geradezu paradox, dass bei an sich gesunden Personen, die ihre Arbeitsstelle aus wirtschaftlichen Gründen mit 58 Jahren verloren haben und mit 60 Jahren ausgesteuert werden, mittels einer Überbrückungsleistung die häufige Unmöglichkeit der erneuten Anstellung (und die damit einhergehende Langzeitarbeitslosigkeit) abgedeckt werden soll, dagegen bei gesundheitlich bedingtem Berufswechsel das Bundesgericht bis beinahe wenige Monate vor der Pensionierung von einer genügend grossen, altersunabhängigen Nachfrage nach sämtlichen Tätigkeiten ausgeht. Dass bei einer gesundheitlich beeinträchtigten Person regelmässig vermutet werden können soll, sie finde ab 60 Jahren eine Tätigkeit, wogegen der Gesetzgeber bei gesunden Personen ab 60 Jahren einen derart offensichtlichen Handlungsbedarf ausmacht, dass er sich für die Etablierung eines neuen Sozialwerks ausspricht, erscheint klar widersprüchlich.
- 35 ■ Im System der *Ergänzungsleistungen* wird teilinvaliden Personen als Erwerbseinkommen für ihre Restarbeitsfähigkeit grundsätzlich der Betrag angerechnet, den sie im massgebenden Zeitabschnitt tatsächlich verdient haben (Art. 14a Abs. 1 ELV). Gehen teilinvalide Personen keiner oder nur einer sehr geringen Erwerbstätigkeit nach, wird ihnen ein hypothetisches Einkommen angerechnet. Die Höhe richtet sich dabei primär nach dem Ausmass der Invalidität, d.h. nach dem IV-Grad. Auffällig ist, dass Personen ab 60 Jahren, unabhängig vom Invaliditätsgrad und unabhängig von der ausgewiesenen Restarbeitsfähigkeit, kein

hypothetisches Einkommen mehr angerechnet wird (Art. 14a Abs. 2 ELV). Dahinter steckt die Wertung des Gesetzgebers, dass es ab einem Alter von 60 Jahren als teilinvalide Person deutlich schwieriger wird, eine angepasste Stelle zu finden. Dass das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung festhält, dass es sich hierbei um die Anspruchsvoraussetzungen für Leistungen in einem anderen Sozialversicherungsbereich handelt, die nicht identisch mit den Rentenanspruchsvoraussetzungen in der Invalidenversicherung seien, trifft sicherlich zu. Vorliegend geht es aber genau darum, aufzuzeigen, wie in den unterschiedlichen Sozialversicherungen dieselbe Beurteilung der Verwertbarkeit der Arbeitsfähigkeit im Alter unterschiedlich vorgenommen wird. Dabei fällt auch im Vergleich zur EL auf, dass das Bundesgericht in der IV zu Lasten der versicherten Person eine deutlich strengere Praxislinie festgelegt hat.

- 36 ■ Zuletzt lohnt sich ein Blick auf die Regelung der Invaliditätsbemessung in der *Unfallversicherung*. In Art. 28 Abs. 4 UVV wird unter der Überschrift «Sonderfälle zur Bestimmung des Invaliditätsgrades» festgehalten, dass dann, wenn ein Versicherter nach dem Unfall die Erwerbstätigkeit *altershalber* nicht mehr aufnimmt oder sich das vorgerückte Alter erheblich als Ursache der Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit auswirkt, für die Bestimmung des Invaliditätsgrades die Erwerbseinkommen massgebend sind, die ein Versicherter im mittleren Alter bei einer entsprechenden Gesundheitsschädigung erzielen könnte. Das Bundesgericht hielt zu Art. 28 Abs. 4 UVV unlängst fest:

«Mit Art. 28 Abs. 4 UVV wird bei der Invaliditätsbemessung einerseits dem Umstand Rechnung getragen, dass nebst der – grundsätzlich allein versicherten – unfallbedingten Invalidität *auch das vorgerückte Alter eine Ursache der Erwerbslosigkeit oder -unfähigkeit bildet*. Denn sehr oft ist ein und derselbe Gesundheitsschaden im Alter aus verschiedenen Gründen wie etwa schlechtere Umschulungs-, Wiedereingliederungs-, Anpassungs- und Angewöhnungsfähigkeit mit wesentlich erheblicheren Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit verbunden als bei einem jüngeren Versicherten». (Hervorhebung hinzugefügt)

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung subsumiert unter den unbestimmten Rechtsbegriff des «vorgerückten Alters» ein Alter ab rund 60 Jahren. Dabei kommt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Faktor Alter ab 60 Jahren auch dann zum Tragen, wenn das vorgerückte Alter das Zumutbarkeitsprofil nicht zusätzlich beeinflusst, also keine zusätzlichen Einschränkungen des funktionellen Leistungsvermögens mit sich bringt, aber einer Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit trotzdem entgegensteht, weil sich kein Arbeitgeber mehr findet, der die betroffene Person einstellen würde. Im konkreten Fall wurden bei einer verbleibenden Aktivitätsdauer von 3 ½ Jahren und mangelnden Umschulungsmöglichkeit die erwerblichen Auswirkungen des Altersfaktors bejaht.

Auch in der Unfallversicherung zeigt sich damit ein offen zu Tage tretender Wertungswiderspruch. Während in der Unfallversicherung das Bundesgericht (ebenefalls) von einem Einfluss des Altersfaktors ab 60 Jahren ausgeht und dies auch effektiv so berücksichtigt wird, zeigt sich die Rechtsprechung im Bereich der

Invalidenversicherung trotz gleichlautender Wertungsbasis (grundsätzlicher Einfluss des Alters ab 60 Jahren) deutlich strenger.

- 37 Der kurze Streifzug durch andere Zweige der sozialen Sicherheit führt u.E. zum Ergebnis, dass die Rechtspraxis zum ausgeglichenen Arbeitsmarkt im Bereich des Faktors Alters einer Korrektur bedarf. Der Gesetz- oder Verordnungsgeber oder das Bundesgericht müssten sich u.E. für eine generelle Unzumutbarkeit der Verwertbarkeit einer Restarbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit ab vollendetem 60. Altersjahr aussprechen. Dies kann einerseits als Angleichung und Kohärenz zur Unfallversicherung, den EL sowie der neuen Überbrückungsleistung betrachtet werden, andererseits würde damit im Ergebnis die gefestigte bundesgerichtliche Rechtsprechung effektiv umgesetzt und die Altersgrenze nicht (ohne ersichtlichen Wertungsentscheid) auf 63–64 Jahre erhöht. Vor dem Hintergrund der bundesrätlichen Botschaft zu den Überbrückungsleistungen und den seit Jahren bestehenden Bestrebungen im Kampf gegen die Altersarbeitslosigkeit spricht u.E. auch die Empirie und Lebenserfahrung dafür, dass bei versicherten Personen, die ab 60 Jahren durch eine gesundheitlich bedingte Einschränkung den angestammten Beruf aufgeben und eine neue Erwerbstätigkeit aufnehmen müssten, eine Verwertbarkeit in der Regel an den Hürden des Arbeitsmarktes scheitern wird. Unzumutbarkeit ab 60 J.
- 38 Eine klare – bestenfalls auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe – normierte «Altersguillotine» würde in der Praxis die Abklärungsverfahren stark vereinfachen und für Rechtsicherheit sorgen. Momentan präsentiert sich die Praxis des Bundesgerichts wenig konsistent. Offiziell wird zwar ab einem Alter von 60 Jahren das Alter als Faktor anerkannt, doch selbst bei umfassender Kenntnis der Rechtsprechung lässt sich kaum verlässlich abschätzen, ob im Einzelfall eine Ausnahme von der sehr strengen Praxis des Bundesgerichts anerkannt würde. Das lädt geradezu zur Ausschöpfung des Rechtswegs bis zum höchsten Gericht ein. Rechtsicherheit
- 39 Nebst einer strikten «Altersguillotine» wäre u.E. auch eine *Umkehr der Vermutungsfolge* möglich, gemäss welcher ab einem Alter von 60 Jahren (Vermutungsbasis) die Vermutungsfolge Platz greift, dass die versicherte Person ihre Restarbeitsfähigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt nicht mehr verwerten kann. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur grundsätzlichen (Un-)Zumutbarkeit bei langer Rentenbezugsdauer von über 15 Jahren könnten Ausnahmen von der «vermutungsweise» anzunehmenden Unzumutbarkeit einer Selbsteingliederung namentlich dann vorliegen, wenn die versicherte Person besonders agil, gewandt und im gesellschaftlichen Leben integriert ist oder wenn sie über besonders breite Ausbildungen und Berufserfahrungen verfügt. Verlangt wären immer konkrete Anhaltspunkte, die den Schluss zulassen, die versicherte Person könne sich trotz ihres fortgeschrittenen Alters ohne Hilfestellungen wieder in das Erwerbsleben integrieren. Die IV-Stelle trägt die Beweislast dafür, dass entgegen der Regel die versicherte Person in der Lage ist, das medizinisch-theoretisch (wieder) ausgewiesene Leistungspotenzial auf dem Weg der Selbsteingliederung erwerblich zu verwerten. Damit könnte in begründeten Ausnahmefällen bei Versicherten mit Alter über 60 Jahren eine Rentenleistung mit Verweis auf die besonders gute Integration und vorhandene Ressourcen verneint werden, um damit dem Einzelfall gerecht werden. Variante: Beweislastumkehr

2. Analogie: Langer Rentenbezug und Verbleib in derselben Tätigkeit?

- 40 Nebst dem Lebensalter ist das sog. Dienstalalter, d.h. die Dauer des Verbleibs einer versicherten Person in derselben Tätigkeit, ein immer wieder angetroffener Streitpunkt. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Person während längerer Zeit als Arbeitnehmer bei ein und demselben Arbeitgeber tätig war oder während langer Zeit als unselbstständig erwerbende Person ein eigenes Geschäft geführt hat. Solche versicherten Personen haben sich dem Wettbewerb und den Anforderungen an den Arbeitsmarkt während langer Dauer entzogen und sich gleichzeitig auf eine bestimmte Stelle und ein sehr spezifisches Anforderungsprofil spezialisiert. Zwar sind auf dem heutigen Arbeitsmarkt «Lebenszeitstellen», bei denen ein Arbeitnehmer sein ganzes Erwerbsleben beim selben Arbeitgeber verbleibt, immer seltener anzutreffen. Zudem ist es für die berufliche Laufbahn und Karriere heute häufig von Vorteil, wenn eine Person verschiedene Positionen bei verschiedenen Arbeitgebern im Lebenslauf aufweisen kann. Damit dürfte auch die Zahl derjenigen versicherten Personen, die während mehr als einem Jahrzehnt denselben Arbeitgeber hatten, eher abnehmen. Zu bedenken ist jedoch, dass gerade Personen, die aufgrund gesundheitlicher Einschränkungen, verminderter Ressourcen im Bereich Persönlichkeit, eher unterdurchschnittlicher Konzentrations- oder Aufnahmefähigkeit oder auch leicht verminderter Intelligenz ihre einmal gefundene Stelle wenn immer möglich zu behalten versuchen. Ein plötzlicher Wechsel fällt ihnen deshalb häufig deutlich schwerer als einer gesuchten Fachkraft mit voller Leistungsfähigkeit, die im Wettbewerb des ersten Arbeitsmarktes erprobt ist.
- 41 Dasselbe kann auch für eine selbstständige Erwerbstätigkeit gelten. Dabei ist an versicherte Personen zu denken, die sich ein Stück weit aufgrund Alternativlosigkeit selbstständig gemacht haben, z.B. nach längerer Arbeitslosigkeit. Mit ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit, nicht selten unter Mithilfe von Familienangehörigen im Betrieb, verhindern sie zwar ein Abgleiten in die Sozialhilfe. Können sie ihre Erwerbstätigkeit aufgrund gesundheitlicher Einschränkungen nicht mehr ausüben, stehen sie häufig vor einer doppelten Schwierigkeit: Einerseits weisen sie aufgrund ihrer langen Selbstständigkeit eine deutlich schlechtere Umschulungs-, (Wieder-)eingliederungs-, Anpassungs- und Angewöhnungsfähigkeit auf, da sie sich während längerer Zeit nicht in eine fremde Arbeitsorganisation eingliedern und dort unterordnen mussten. Andererseits haben sie häufig unterdurchschnittliche Bruttoeinkommen erzielt oder die Einkommen unterlagen stärkeren Schwankungen bzw. verhielten sich in den Jahren vor der IV-Anmeldung rückläufig. Die tiefen Einkommen führen häufig dazu, dass in einem direkten Vergleich mit einem hypothetischen Erwerbseinkommen nach LSE-Tabellenlöhnen keine (IV-relevante) Erwerbseinbusse vorliegt.
- 42 Bei allem Bestreben, auch bei der Zumutbarkeitsbeurteilung in den genannten Konstellationen eine effektive Härtefallprüfung zu ermöglichen, darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Invalidenversicherung keine Berufsinvalidität versichert. Die Unmöglichkeit einer weiteren Ausübung des bisherigen Berufs ist für sich allein gerade kein versichertes, rentenbegründendes Risiko. Dies gilt grundsätzlich auch für Personen, die ihre angestammte Tätigkeit während langer Zeit ausgeübt haben. Insofern erscheint uns die bisherige bundesgerichtliche Praxis, gemäss welcher eine gänzliche Unverwertbarkeit (und damit einhergehend eine Berentung) nur in Ausnahmefällen und

Betriebszugehörigkeit als Faktor

Selbstständig Erwerbstätige

Keine Berufsinvalidität

nicht allein aufgrund einer langen arbeitsmarktlichen Desintegration angenommen wird, durchaus zutreffend. Nebst der (jahrzehntelangen) Abwesenheit vom Arbeitsmarkt (oder der langjährigen Selbständigkeit oder gleichen Stelle bei demselben Arbeitgeber) müssen zusätzlich erschwerende Faktoren hinzutreten, häufig in Form einer nur noch kurzen Aktivitätsdauer, fehlender Berufsausbildung und/oder Kompetenzen oder eines langjährigen Rentenbezugs.

- 43 Die Analyse der bundesgerichtlichen Praxis hat aber auch gezeigt, dass die Verwertbarkeit einer Restarbeitsfähigkeit bei langanhaltender Desintegration vom Arbeitsmarkt schwierig fassbar ist, was mit der starken Einzelfallbezogenheit der Zumutbarkeitsbeurteilung zusammenhängt. Die äusserst verzweigte Kasuistik bietet nur beschränkt Orientierung und schafft damit eine gewisse Rechtsunsicherheit. Schwer fassbare Praxis
- 44 Das Bundesgericht erfasst in seiner Rechtsprechung unter dem Titel der arbeitsmarktlichen Desintegration regelmässig auch Fälle, in denen die Absenz vom Arbeitsmarkt auf einen langdauernden Bezug einer IV-Rente zurückzuführen ist. Diese ist immer dann von Bedeutung, wenn einem langjährigen Rentenbezüger die IV-Rente revisionsweise gekürzt oder aufgehoben wird und er folglich wieder über eine medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit verfügt. Für diese spezielle Kategorie hält das Bundesgericht in ständiger Praxis fest, dass bei Personen, deren Rente revisionsweise herabgesetzt oder aufgehoben werden soll, nach mindestens *15 Jahren Bezugsdauer oder wenn sie das 55. Altersjahr* zurückgelegt haben, in der Regel *vorgängig Massnahmen zur Eingliederung* durchzuführen sind, bis sie in der Lage sind, das medizinisch-theoretisch (wieder) ausgewiesene Leistungspotenzial mittels Eigenanstrengung auszuschöpfen und erwerblich zu verwerten. Damit schafft das Bundesgericht klare und praktikable Grenzwerte und zudem eine Handlungsanleitung für die fallführende IV-Stelle. Praxis bei langem Rentenbezug
- 45 U.E. wäre es sachgerecht, diese Praxis – wiederum am besten auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe – allgemein auch auf die lange arbeitsmarktliche Desintegration aufgrund langer Zugehörigkeit zum selben Arbeitgeber oder langer Selbständigkeit auszuweiten. Dies würde den betroffenen Personen zwar keinen direkten Rentenanspruch im Sinne einer Härtefallregelung vermitteln – was dazu passt, dass die IV keine Berufsinvaliditätsversicherung ist. Dafür erhielte die versicherte Person ab einer vordefinierten Dauer der Desintegration vom Arbeitsmarkt einen Anspruch auf vorgängige berufliche Massnahmen, welche der betroffenen Person helfen sollen, die Aufgabe der Selbstständigkeit und generell den Umstieg in eine neue Erwerbstätigkeit zu bewältigen. Dies deckt sich sodann mit dem invalidenversicherungsrechtlichen Leitsatz «Integration vor Rente». Die Grenzkriterien, die bei Desintegration aufgrund eines Rentenbezugs bei 15 Jahren Rentenanspruch oder Alter 55 Jahren im Zeitpunkt der Renten Anpassung liegen, müssten aber allenfalls modifiziert werden. Die Altersgrenze von 55 Jahren erscheint dabei aber durchaus sachgerecht gewählt. Bei noch verbleibenden zehn Jahren Resterwerbsdauer muss die Verwertbarkeit der (Rest-)Arbeitsfähigkeit angestrebt werden, wofür aufgrund des fortgeschrittenen Alters und des nötigen Umbruchs in der Erwerbstätigkeit eine Hilfestellung durchaus zweckmässig erscheint. Die Dauer der Zugehörigkeit zum selben Arbeitgeber oder die Zeitspanne, während der eine versicherte Person einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist, er- Analogie sachgerecht

schiene u.E. mit 15 Jahren eher kurz. Der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts lagen dagegen eher Extremfälle am anderen Spektrum der Dauer zu Grunde. Eine klare Anspruchsgrenze für berufliche Massnahmen ab z.B. 20-jähriger Ausübung desselben Berufes oder derselben selbstständigen Erwerbstätigkeit wäre insofern begrüssenswert.

3. Nischenarbeitsplätze als Musterfall der Härtefallregelung

- 46 Nischenarbeitsplätze sind Stellen- und Arbeitsangebote, bei welchen Behinderte mit einem sozialen Entgegenkommen von Seiten des Arbeitgebers rechnen können. Anders formuliert betrifft dies versicherte Personen, die aufgrund ihrer gesundheitlichen Einschränkungen auf eine derart weitgehende Rücksichtnahme des Arbeitgebers und/oder derart weitgehende Anpassungen am Arbeitsplatz angewiesen sind, dass es auch in den Augen des Bundesgerichts an sich keine direkt passenden Arbeitsplätze auf dem (realen) Arbeitsmarkt gibt. Nur wenn diese versicherten Personen an einen Arbeitgeber gelangen, der aufgrund seines sozialen Engagements bereit ist, in besonderem Masse Rücksicht zu nehmen oder einen Arbeitsplatz besonders für die versicherte Person zu gestalten, ist die medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit auch tatsächlich verwertbar. Hier arbeitet das Bundesgericht in ständiger Praxis mit der Vermutung, dass der ausgeglichene Arbeitsmarkt auch solche Nischenarbeitsplätze umfasst. Empirisch untermauert und belegt wurde diese Vermutung – soweit ersichtlich – nicht. Definition
- 47 Für das Bundesgericht findet das vermutungsweise Vorhandensein von Nischenarbeitsplätzen dort seine Grenze, wo die zumutbare Tätigkeit nurmehr in so eingeschränkter Form möglich ist, dass *sie der ausgeglichene Arbeitsmarkt praktisch nicht kennt* oder sie nur unter *nicht realisiertem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers* möglich wäre. In diesen Fällen kann das Finden einer entsprechenden Stelle von Anfang an ausgeschlossen werden. Diese Rechtsprechung hat seit über 30 Jahren Bestand. Härtefallklausel
- 48 Bei genauer Betrachtung führt die Praxis zu den Nischenarbeitsplätzen zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit, wenn nicht sogar zu einem Widerspruch: Einerseits wird der Bestand von Nischenarbeitsplätzen, bei denen die Verwertbarkeit nur dank externer Hilfe in Form eines sozialen (d.h. nicht ökonomisch geleiteten) Entgegenkommens des Arbeitgebers gelingt, durch das Bundesgericht ohne Weiteres und ohne empirische Untermauerung vorausgesetzt. Andererseits darf das für den Versicherten notwendige, vom Arbeitgeber zu erwartende soziale Entgegenkommen aus Sicht des durchschnittlichen Arbeitgebers nicht unrealistisch sein, andernfalls die Verwertbarkeit im Sinne einer Härtefallklausel verneint werden muss. Mit anderen Worten wird ein *soziales* Entgegenkommen des Arbeitgebers vermutungsweise bejaht, ein *unrealistisches* Entgegenkommen des durchschnittlichen Arbeitgebers jedoch verneint. Da es sich bei der überwiegenden Mehrzahl der Stellen unbestrittenermassen nicht um Nischen handeln dürfte, besteht u.E. die nicht triviale Unklarheit, wie sich das von der Rechtsprechung als «Normallfall» dargestellte soziale Entgegenkommen des Arbeitgebers von der Ausnahme eines unrealistischen Entgegenkommens rechtssicher und rechtsgleich abgrenzen lässt. Kurz: Wie unterscheidet man im konkreten Einzelfall ein sozial-vermutetes von einem unrealistischen Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers? Unklarheit

- 49 Die oben aufgeworfene Frage akzentuiert sich, wenn man bedenkt, dass durchschnittliche Arbeitgeber den Fokus im ersten Arbeitsmarkt auf *wirtschaftlich motiviertes Handeln* richten. Etwas Anderes würden die geltende Marktordnung und der bestehende Wettbewerb auch nicht zulassen. Soziales Entgegenkommen zu vermuten, wenn es darum geht, neue Arbeitnehmer anzustellen, die bekanntlich einen Kostenfaktor darstellen, steht diesem primär wirtschaftlich orientierten Verhalten folglich entgegen. Jedenfalls drängt sich u.E. (ohne entsprechende empirische Datengrundlage) die Vermutung nicht auf, dass sich der durchschnittliche Arbeitgeber bei der Anstellung seines Personals regelmässig von sozialen anstelle von wirtschaftlichen Gesichtspunkten leiten lässt und regelmässig zur Schaffung von Nischenarbeitsplätzen beiträgt. Vielmehr deutet die primär nach ökonomischen Kriterien ausgerichtete Wirtschaftsordnung darauf hin, dass soziales Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers gegenüber beliebigen Dritten, die eine Beschäftigung suchen, eher die Ausnahme und nicht die Regel bildet. Soziales Entgegenkommen (und damit Nischenarbeitsplätze) einerseits zu vermuten, unrealistisches Entgegenkommen des durchschnittlichen Arbeitgebers andererseits aber zu verneinen, führt u.E. zum bereits beschriebenen Widerspruch.
- 50 Ein soziales Entgegenkommen eines konkreten Arbeitgebers darf u.E. – wenn überhaupt – nur vermutet werden, wenn *besondere Gründe im konkreten Einzelfall* vorliegen. Zu diesen besonderen Gründen zählen beispielsweise ein bereits bestehendes oder früher einmal bestehendes Arbeitsverhältnis zwischen der versicherten Person und einem konkreten Arbeitgeber oder familiäre oder freundschaftliche Beziehungen zwischen der versicherten Person und einem potenziellen Arbeitgeber. Auch eine regionale starke Verankerung und Zugehörigkeit zur Region kann evtl. ein soziales Entgegenkommen begünstigen. Solche besonderen Gründe sind in der Praxis erfahrungsgemäss sehr wertvoll, da sie die reale Existenz von Nischenarbeitsplätzen begründen. Sie tauchen jedoch nicht schematisch und regelmässig für alle Berufsbranchen in der ganzen Schweiz auf und können deshalb *in einer abstrakten Betrachtung keinesfalls vermutet* werden.
- 51 Die obigen Überlegungen sowie die grundsätzliche Funktionsweise des ausgeglichenen Arbeitsmarktes als «Alles-oder-Nichts-Prinzip» führen u.E. zum klaren Schluss, dass Nischenarbeitsplätze, entgegen der Behauptung des Bundesgerichts, nicht Teil eines hypothetischen, ausgeglichenen Arbeitsmarktes sein können. Zwar kommen Nischenarbeitsplätze im realen Arbeitsmarkt gelegentlich vor, wobei die vorhandenen empirischen Grundlagen darauf hindeuten, dass sie eher im Schwinden begriffen sind. Vom einzelfallweisen Vorhandensein von Nischenarbeitsplätzen auf ihr generelles Vorkommen innerhalb des ausgeglichenen Arbeitsmarktes zu schliessen, geht u.E. aber nicht an. Ergeben die medizinischen und berufsberaterischen Abklärungen, dass eine medizinisch-theoretische Restarbeitsfähigkeit nur in einem stark angepassten oder eingeschränkten Arbeitsplatzprofil im Sinne eines Nischenarbeitsplatzes verwertet werden könnte, so kann eine solche Arbeitsstelle auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt *nicht vermutet* werden. Dass ein derartiges soziales Entgegenkommen nicht einfach vermutet werden darf, hat nichts mit konjunkturellen Schwankungen zu tun, sondern mit der – auch dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt zu Grunde liegenden – wettbewerblichen Marktordnung. Kommt eine Verwertbarkeit nur noch in einem Nischenarbeitsplatz in Frage, so kann die Zumutbarkeit nur über den Tatsachenbeweis (wenn die versicherte

Offener
Widerspruch

Ausnahmefall
aus besonde-
ren Gründen

Nischenar-
beitsplatz =
Zumutbarkeit
verneinen

Person einen real existierenden Nischenarbeitsplatz ergattert hat) bejaht werden. Eine hypothetische, vermutete Verwertbarkeit muss dagegen u.E. ausgeschlossen sein.

- 52 Stattdessen stellen Nischenarbeitsplätze einen u.E. typischen Anwendungsfall der Härtefallklausel dar, bei der die Unzumutbarkeit der Verwertbarkeit die vermutete Regel darstellt, was ohne Vorliegen von besonderen Gründen zu einer Verneinung eines zumutbaren Invalideneinkommens führt. Härtefallklausel

E. Lohnstrukturerhebung (LSE) und Tabellenlöhne in der Invaliditätsbemessung

- 53 Die Ermittlung des Valideneinkommens gestaltet sich regelmässig einfacher als die Ermittlung des Invalideneinkommens, denn die versicherte Person erzielte in der Regel vor Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung ein Erwerbseinkommen, das beim Einkommensvergleich als Richtwert zur Ermittlung des Valideneinkommens dienen kann. Auch das Valideneinkommen ist indes eine *hypothetische Grösse*: Entscheidend ist nach dem Wortlaut von Art. 16 ATSG, was die versicherte Person erzielen *könnte*, wenn sie nicht invalid *geworden wäre*. Dabei ist für die Ermittlung des Valideneinkommens nach ständiger Gerichtspraxis entscheidend, was die versicherte Person im Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns nach dem Beweisgrad überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde *tatsächlich verdienen* würde, und nicht, was sie bestenfalls verdienen könnte. Angeknüpft wird nach dem Gesagten regelmässig am zuletzt erzielten, nötigenfalls der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung angepassten Verdienst auf dem realen Arbeitsmarkt – dies mit der Begründung bzw. in der Annahme, dass erfahrungsgemäss die bisherige Tätigkeit ohne Gesundheitsbeeinträchtigung fortgesetzt worden wäre. Valideneinkommen
- 54 Ausnahmen sind möglich, müssen aber mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt sein. So machte das EVG bereits in seiner frühen Rechtsprechung zur Unfallversicherung eine Ausnahme, wenn der Versicherte «unter dem Zwang der Verhältnisse, wie Wirtschaftskrise u. dgl.» seinen angestammten Beruf «vorübergehend verlassen» hatte und die «grössere Wahrscheinlichkeit» dafür sprach, dass der Versicherte «nach Wegfall des Störungsfaktors» zu seinem eigentlichen Beruf zurückgekehrt wäre. Keine Ausnahme vom Abstellen auf das zuletzt erzielte Einkommen rechtfertigt sich nach aktueller Rechtsprechung, wenn sich eine versicherte Person vor Eintritt der Invalidität «aus freien Stücken» mit einem bescheideneren Einkommensniveau begnügte (z.B. um mehr Freizeit zu haben oder um einer Aus- oder Weiterbildung nachzugehen). Ausnahmen
- 55 Die Berufung auf die «Freiwilligkeit» versagt, wenn eine versicherte Person vor Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung aus den typischen sog. invaliditätsfremden Gründen wie z.B. geringe Schulbildung, fehlende berufliche Ausbildung oder mangelnde Deutschkenntnisse ein deutlich unterdurchschnittliches Einkommen erzielt hat. Hier drängt sich eine Korrektur auf ein (hypothetisches) durchschnittliches Valideneinkommen auf, sofern beim Invalideneinkommen auf statistische Durchschnittswerte wie etwa die Lohnstrukturerhebung (LSE) abgestellt wird. Denn es ist nicht anzunehmen, dass eine versicherte Person nach Eintritt einer Gesundheitsbeeinträchtigung einen durchschnittlichen (Tabellen-)Lohn erzielen kann, wenn sie schon in der Validentätigkeit aus den genannten invaliditätsfremden Gründen einen (deutlich) unterdurchschnittlichen Lohn erzielt hat. Mit der Korrektur des Valideneinkommens wird in diesen Fällen sichergestellt, dass beim Einkommensvergleich *Gleiches mit Gleichem verglichen* wird und die beiden Vergleichseinkommen auf gleichen Grundlagen ermittelt werden (sog. «Parallelisierung der Einkommen»). Einkommensparallelisierung

- 56 Wie das Valideneinkommen wird auch das *Invalideneinkommen* gemäss Art. 16 ATSG hypothetisch ermittelt: Es handelt sich dabei um «das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbaren Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (...)». Wie dieses Einkommen genau zu ermitteln ist, halten weder Gesetz noch Verordnung fest. Gesetz
- 57 Während das Bundesgericht beim Valideneinkommen dem Grundsatz «so konkret wie möglich» bis heute nachlebt, bemisst es das Invalideneinkommen im Ausgangspunkt in der Regel *sehr abstrakt* anhand von hochaggregierten, beinahe fiktiven statistischen Lohnniveaus: Gemäss Rechtsprechung ist der Griff zur Lohnstatistik zwar «ultima ratio», im Verwaltungs- und Gerichtsalltag aber doch eher «summa ratio», also «höchste Vernunft». Diese methodische Differenz bei der Bemessung von Validen- und Invalideneinkommen gerät in grundsätzliche Spannung zum Grundsatz, Gleiches mit Gleichem zu vergleichen. Das Bundesgericht anerkennt zwar «Korrekturfaktoren» wie die bereits erwähnte Einkommensparallelisierung oder die Tabellenlohnabzüge. Doch sind diese Korrekturfaktoren in der Regel weder empirisch validiert noch geeignet, die methodischen Differenzen vollständig zu beseitigen. Regel:
Abstraktion
- 58 Wohl ist nach der Rechtsprechung beim Invalideneinkommen primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Doch die Hürden dafür bleiben aus rechtlichen wie tatsächlichen Gründen hoch. Das *tatsächliche Einkommen* einer versicherten Person ist nach der Rechtsprechung vorrangig zu berücksichtigen, gilt allerdings nur dann als massgebendes Invalideneinkommen, wenn – *kumulativ* – a) besonders stabile Arbeitsverhältnisse gegeben sind, b) anzunehmen ist, dass die versicherte Person die ihr verbleibende Arbeitsfähigkeit in zumutbarer Weise voll ausschöpft und c) das Einkommen aus der Arbeitsleistung als angemessen und nicht als Soziallohn erscheint. Tatsächliches
Invalideneinkommen
- 59 Ein Anknüpfen an ein tatsächliches Einkommen scheitert häufig auch daran, dass Versicherte nach Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung keine oder keine ihnen an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufnehmen. Damit fehlen konkrete Einkommenszahlen, auf welche abgestellt werden könnte. Verwaltungs- und Gerichtspraxis zur Invalidenversicherung greifen in diesen Fällen rasch, ja beinahe «automatisch» zur Lohnstatistik, und zwar zu hochaggregierten Daten der Lohnstrukturerhebung (LSE-Tabelle TA1-skill-level). Dieser rasche Griff zur Lohnstatistik versteht sich auch insofern nicht von selbst, als das Abstellen auf Tabellenlöhne (noch) in keinem der massgebenden Gesetze im Sozialversicherungsrecht im Zusammenhang mit der Ermittlung des Invaliditätsgrades der hier massgebenden unselbständig erwerbenden Personen erwähnt wird. Statistik
- 60 Wird das Invalideneinkommen über Lohnstatistiken wie die LSE ermittelt, sind die LSE-Tabellenlöhne nach ständiger Rechtsprechung gegebenenfalls zu kürzen (sog. Tabellenlohnabzug, auch «Leidensabzug», früher «Schwerarbeiterabzug»). Der Tabellenlohnabzug gründet darin, dass *persönliche und berufliche Merkmale*, wie Art und Ausmass der Behinderung, Lebensalter, Dienstjahre, Nationalität oder Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad, Auswirkungen auf die Lohnhöhe haben können. Je nach Tabellenlohnabzug

Ausprägung dieser Faktoren kann die versicherte Person deswegen die verbliebene Arbeitsfähigkeit auch auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem erwerblichem Erfolg verwerten. Es geht also um Faktoren, die sich bei einem gesundheitsbedingten Stellenwechsel *lohnmindernd auswirken* können.

- 61 Der Tabellenlohnabzug erfolgt nicht automatisch. Vielmehr ist der Einfluss aller persönlichen und beruflichen Merkmale auf das Invalideneinkommen unter Würdigung der Umstände im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen zu schätzen. Der Abzug darf nach gegenwärtiger Rechtsprechung 25 % nicht übersteigen, ohne dass das Bundesgericht (bzw. zuvor das EVG) diesen *Schwellenwert von 25 %* näher begründet hätte. Bis zur Konsolidierung der Rechtsprechung im Jahr 2000 war ein genereller Abzug von 25 % durchaus üblich und auch höhere Abzüge kamen vor. Noch im Jahr 1998 sprach das BSV von der «Vornahme des üblichen Abzuges von 25%» und befürwortete diesen Abzug auch dann, wenn die abzugsrelevanten Umstände bereits in die Beurteilung der Arbeits(un)fähigkeit einfließen. Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung wird für den Tabellenlohnabzug von (fiktiven) Erwerbsverhältnissen auf einem «ausgeglichenen Arbeitsmarkt» ausgegangen. Grundsätzlich werden beim Tabellenlohnabzug nur Umstände berücksichtigt, die auch auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt als *ausserordentlich* zu bezeichnen sind. Die Hürden für einen Abzug werden damit deutlich erhöht, wobei die Rechtsprechung insgesamt wenig konsolidiert ist und mitunter widersprüchlich ausfällt.

Ausgestaltung

Fokus: Weiterentwicklung der IV

- 62 Im Rahmen der Weiterentwicklung der IV sollen neu «die zur Bemessung des Invaliditätsgrades massgebenden Erwerbseinkommen sowie die anwendbaren Korrekturfaktoren» *auf Verordnungsstufe geregelt* werden (Art. 28a Abs. 1 revIVG). Gesetzgeber und Bundesrat beabsichtigen, die in der Rechtsprechung definierte Praxis zur Ermittlung der massgebenden Erwerbseinkommen gesetzlich festzulegen. Darunter fällt z.B. die für die Invaliditätsbemessung entscheidende Frage, wann auf tatsächliche Werte und wann auf Tabellenlöhne abzustellen sowie welche Tabelle anzuwenden ist. Ebenso soll der Bundesrat die bei diesen Einkommen nötigen, von der Rechtsprechung entwickelten Korrekturen festlegen, also z.B. bestimmen, welche Kriterien für einen leidensbedingten Abzug zu berücksichtigen sind und in welcher Höhe ein entsprechender Abzug erfolgen kann.
- 63 In der Botschaft wird dazu ausgeführt: «Dem Bundesrat wird die Kompetenz erteilt, in der IVV die vom Bundesgericht entwickelten Regeln und Kriterien, die für die Ermittlung des Einkommens mit und ohne Invalidität notwendig sind, aufzunehmen (Art. 28a Abs. 1 E-IVG). Damit soll der Interpretationsspielraum der IV-Stellen und der kantonalen Gerichte bei der Durchführung eingeschränkt werden. Dadurch sollen einerseits eine möglichst einheitliche Handhabung für die ganze Schweiz («*unité de doctrine*») sichergestellt und andererseits gerichtliche Auseinandersetzungen zur Invaliditätsbemessung nach Möglichkeit vermieden werden, gerade auch, weil mit dem neuen stufenlosen Rentenmodell aus jedem einzelnen zusätzlichen IV-Grad eine andere Rentenhöhe resultiert.»

Gesetzliche Regelung

Kompetenz des Bundesrates

- 64 Die Referendumsfrist gegen die Revisionsvorlage ist unbenutzt verstrichen und die Vorlage wird voraussichtlich auf den 1. Januar 2022 in Kraft treten. Sie hat das Potenzial, die *Invaliditätsbemessung erheblich umzugestalten*. Zwar kann der Bundesrat bereits heute «das zur Bemessung der Invalidität massgebende Erwerbseinkommen» umschreiben (Art. 28a Abs. 1 IVG; Art. 25 ff. IVV). Doch die neue Bestimmung ist sehr offen gefasst. Sie spricht allgemein von Korrekturfaktoren, lässt aber offen, wozu und mit welchem Zweck die «Korrektur» erfolgt. Da die Invalidität ganz entscheidend durch die Invaliditätsbemessung geprägt wird, hat der Gesetzgeber hier eine zentrale Frage an den Bundesrat delegiert. Das ist rechtsstaatlich nicht unbedenklich, da eine wichtige Frage ohne konkrete inhaltliche Leitplanken an den Verordnungsgeber delegiert wird (vgl. Art. 164 BV). Umso wichtiger ist, dass der Bundesrat bei der Festlegung der Korrekturfaktoren die *gesetzlichen Vorgaben des Art. 16 ATSG* einhält und nicht übermässig pauschalisiert. Ansonsten droht ein Einfallstor auch für verwaltungsökonomische Überlegungen. Unbestimmtes Gesetz
- 65 Unmittelbar vor Abschluss der Arbeiten am vorliegenden Gutachten sind die Vorentwürfe zu den Ausführungserlassen publiziert worden. Eine vertiefte Würdigung der Vorentwürfe ist an dieser Stelle nicht möglich. Anzumerken ist aber im Sinne einer ersten Einschätzung Folgendes: Auffallend ist, dass das BSV zur Invaliditätsbemessung im Grundsatz weiterhin auf die Lohnstrukturhebung (LSE) und die in der Praxis verbreitete *Tabelle TA1_triage_skill_level* abstellen will. Auf Verordnungsstufe soll künftig ausdrücklich festgehalten werden, dass die altersunabhängigen und geschlechtsspezifischen Zentralwerte (= Medianwerte) der Lohnstrukturhebung (LSE) heranzuziehen sind (Art. 25 Abs. 3 VE-IVV). Lohnstatistik
- 66 Überraschend und von erheblicher Tragweite ist, dass der Tabellenlohnabzug in der bisherigen Form abgeschafft werden soll. Gemäss BSV erbübrige sich der leidensbedingte Abzug durch eine verbesserte Einschätzung der funktionellen Leistungsfähigkeit (konsequente Berücksichtigung des Rendements) sowie eine Anpassung der Parallelisierungspraxis, wonach ein unterdurchschnittliches Valideneinkommen künftig «automatisch» parallelisiert werde (Art. 26 Abs. 5 VE-IVV). Einzig den Faktor «Teilzeitarbeit» will das BSV weiterhin berücksichtigen, und zwar soll bei einem zeitlichen Pensum von 50 % oder weniger ein pauschaler Teilzeitabzug von 10 % erfolgen (Art. 26^{bis} VE-IVV). Künftig nicht mehr unterschieden werden soll, ob die Unterdurchschnittlichkeit des Einkommens ohne Invalidität (Valideneinkommen) aus freien Stücken erfolgte oder nicht. Dies überrascht, weil in der Botschaft noch ausgeführt wurde, der Bundesrat soll «die bei diesen Einkommen nötigen von der Rechtsprechung entwickelt[en] Korrekturen vornehmen (z. B. welche Kriterien für einen leidensbedingten Abzug zu berücksichtigen sind und in welcher Höhe ein entsprechender Abzug erfolgen kann)». Eine grundsätzliche Abschaffung des Tabellenlohnabzugs wurde in der Botschaft nicht erwähnt. Tabellenlohnabzug
- 67 Auffallend ist, dass die Vorentwürfe den problematischen Trend weg von einer realitätsgerechten Betrachtung und hin zur Fiktion bei der Invaliditätsbemessung verstärken und nicht etwa schwächen. Das gilt zum einen für die LSE-Tabellenlöhne. Die selbst vom Bundesgericht anerkannten problematischen Aspekte der LSE als Instrument zur Invaliditätsbemessung werden in keiner Weise adressiert. Das gilt zum anderen für die Noch mehr Fiktion?

(weitgehende) Abschaffung des Tabellenlohnabzugs – ein Schritt, der in der Botschaft nicht erwähnt und vom Bundesgericht erst vor kurzem verworfen wurde: «Sind gemäss insoweit zutreffender Interpretation des BSV bei der Parallelisierung immer die personenbezogenen Faktoren zu untersuchen, die bereits im Gesundheitsfall vorlagen, so stehen [ergänze: entgegen der Auffassung des BSV] beim leistungsbedingten Abzug die gesundheitsbezogenen Faktoren im Vordergrund, die in der Regel erst im Krankheitsfall massgebend werden und die Höhe des hypothetisch noch erzielbaren Lohnes beeinflussen.» Beim Tabellenlohnabzug geht es um Faktoren, die sich bei einem gesundheitsbedingten Stellenwechsel *lohmindernd* auswirken können – und zwar gerade auch dann, wenn sich diese Faktoren vor Eintritt der Gesundheitsschädigung noch nicht lohmindernd ausgewirkt haben. Das kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn:

- a) persönliche und berufliche Merkmale sich bei einem gesundheitsbedingten Stellenwechsel lohmindernd auswirken können (z.B. Wegfall Dienstjahre, fortgeschrittenes Alter bei Neuanschließung, abweichende Bildungs- und Sprachanforderungen in Validen- und Invalidentätigkeit);
- b) nach Eintritt der Gesundheitsbeeinträchtigung nur eine Tätigkeit im Niedriglohnssektor zumutbar ist (dieser Sektor aber in der Tabelle TA1_tirage_skill_level nicht ausgewiesen wird); oder
- c) wenn und soweit sich eine gesundheitliche Beeinträchtigung lohmindernd auf dem Arbeitsmarkt auswirkt.

Im Einzelfall kann strittig sein, ob und in welchem Umfang sich die vorgenannten Umstände lohmindernd auswirken – aber das ist kein Grund für eine pauschale Streichung des Tabellenlohnabzugs, sondern sollte im Gegenteil Anlass dafür sein, im Einzelfall näher hinzuschauen und den Sachverhalt gehörig abzuklären (solange keine verlässlichen statistischen Daten vorliegen).

- 68 Die Regelung gemäss Vorentwurf hätte aller Voraussicht nach zur Folge, dass Personen mit durchschnittlichem Valideneinkommen sowie Selbständigerwerbende im Invaliditätsfall regelmässig auf die «fast fiktiven Lohnniveaus» der altersunabhängigen und geschlechtsspezifischen Zentralwerte der Tabelle TA1_triage_skill_level verwiesen würden. Der heute schon ungenügende Korrekturfaktor des Tabellenlohnabzugs würde gänzlich entfallen. *Das BSV verschärft die von uns festgestellten Probleme der Invaliditätsbemessung nochmals erheblich – und dies mitunter in klarer Abweichung von der Bundesgerichtspraxis und den Ausführungen in der Botschaft.* Verpasst würde damit die Gelegenheit, eine realitätsgerechte Betrachtung auf validen, reliablen und objektiven empirischen bzw. statistischen Grundlagen einzuführen. Das Bundesgericht selbst hat die LSE als *Übergangslösung* bezeichnet (BGE 142 V 178). Anders als das Bundesgericht können sich Verordnungsgeber und Aufsichtsbehörde nicht auf funktionelle Grenzen bei der Schaffung lohnstatistischer Grundlagen berufen. Im Gegenteil: Kommt das BSV seiner Aufsichtsfunktion nicht nach, erschwert es die Rechtsverwirklichung im Sozialversicherungsverfahren.

Zuspitzung
des Problems

Kurzum: Mit den Vorschlägen des Vorentwurfs droht die Zumutbarkeit (Art. 16 ATSG) ausgehöhlt und die Fiktion zur gesetzlichen Realität zu werden. Diese Entwicklung erscheint uns sehr bedenklich. Sie ist weder durch das gesetzliche Mandat abgedeckt (vgl. auch Art. 59 Abs. 6 IVG) noch in der Sache berechtigt.

F. Tabellenlohn und Tabellenlohnabzug in der bundesgerichtlichen Praxis

I. Entwicklung und Praxis

- 70 Ursprünglich war der Tabellenlohnabzug für Personen vorgesehen, die nicht mehr in der Lage waren, die früher ausgeübte körperliche Schwerarbeit wiederaufzunehmen. Das Eidgenössische Versicherungsgericht anerkannte in langjähriger Praxis einen grundsätzlichen Tabellenlohnabzug von 25 %. Im Laufe der Zeit entwickelte sich der ursprünglich nur bei Schwerarbeitern zugelassene Abzug zu einem *allgemeinen behinderungsbedingten Abzug*, der sowohl bei Versicherten, die vollzeitig eine ihrem Leiden angepasste Arbeit ausüben, als auch bei bloss teilzeitig einsetzbaren Versicherten erfolgte. Gleichzeitig betonte das EVG, dass der Abzug von 25 % nicht (mehr) generell und in jedem Fall zur Anwendung komme. Vielmehr sei anhand der gesamten Umstände des konkreten Einzelfalles zu prüfen, ob und in welchem Ausmass das hypothetische Einkommen als invalide Person gekürzt werden müsse. Grobe Rechtsprechungslinien zum «Tabellenlohnabzug»
- 71 Im Jahr 2000, Leitentscheid BGE 126 V 75, machte das Bundesgericht *drei Kernaussagen*, die bis heute Gültigkeit haben: Es hielt fest, dass erstens Tabellenlohnabzüge nicht schematisch, sondern immer nach den Umständen des Einzelfalles vorzunehmen sind. Zweitens stellte es klar, dass nicht für jedes Merkmal der entsprechende Abzug zu quantifizieren und alle allfälligen Abzüge zusammenzuzählen sind, und drittens statuierte es, dass der Tabellenlohnabzug insgesamt höchstens 25 % betragen darf.
- 72 Die Parallelisierung des Valideneinkommens einer versicherten Person und der Tabellenlohnabzug verfolgen einen ähnlichen Zweck. Sie stellen Korrekturinstrumente innerhalb des Einkommensvergleichs dar, um dem Einzelfall gegenüber einer standardisierten Betrachtung Rechnung zu tragen. Im relativ jungen Entscheid BGE 146 V 16 hat das Bundesgericht nun das Verhältnis zwischen Einkommensparallelisierung und Tabellenlohnabzug näher beleuchtet und dabei festgehalten: «Ein Leidensabzug [...] entfällt mit anderen Worten nicht schon deshalb, weil eine Parallelisierung geprüft, jedoch mangels Erheblichkeit der Einkommensdifferenz nicht durchgeführt wurde. Sind [...] bei der *Parallelisierung immer die personenbezogenen Faktoren* zu untersuchen, die bereits im Gesundheitsfall vorlagen, so stehen beim *leidensbedingten Abzug die gesundheitsbezogenen Faktoren* im Vordergrund, die in der Regel erst im Krankheitsfall massgebend werden und die Höhe des hypothetisch noch erzielbaren Lohnes beeinflussen. Beide Aspekte erfordern eine getrennte Prüfung je bei der Frage, ob eine Parallelisierung oder ein Leidensabzug vorzunehmen ist.»

Schwerarbeiter-Abzug

BGE 126 V 75

BGE 146 V 16: Verhältnis Abzug LSE und Parallelisierung

- 73 Die Ausführungen illustrieren die Funktionsweise der beiden unterschiedlichen Instrumente: Die Parallelisierung beschlägt die Seite des Valideneinkommens und soll ein unverschuldetes, unterdurchschnittliches Einkommen korrigieren. Der Tabellenlohnabzug kommt dagegen beim Invalideneinkommen zum Zug und dient als Korrektur eines im Einzelfall zu hohen hypothetischen Tabellenlohns. Beide Aspekte bedürfen somit (selbstverständlich) einer separaten Prüfung innerhalb des Einkommensvergleiches. Die Parallelisierung vermag den Tabellenlohnabzug nicht zu ersetzen – und umgekehrt. Getrennte Prüfung
- 74 Nachstehend werden verschiedene Kriterien erörtert, die von betroffenen Versicherten vor Bundesgericht in den letzten Jahrzehnten wiederkehrend als Grund für Tabellenlohnabzüge geltend gemacht worden sind. Ausdrücklich verneint hat das Bundesgericht einzig einen Tabellenlohnabzug aufgrund des **Geschlechts**. Nicht etwa, weil das Geschlecht keinen Einfluss auf den Lohn hätte, sondern weil die Tabellenlöhne bereits nach Geschlecht getrennte Lohnangaben enthalten, auf welche abzustellen ist. Kriterien
- 75 In der Rechtsprechung ist die Rede von Leidensabzügen oder behinderungsbedingten Abzügen. Vorliegend werden diese beiden Abzugsarten als Synonyme für Abzüge vom Tabellenlohn im Zusammenhang mit **gesundheitlichen Einschränkungen** betrachtet. Dabei ist zu beachten, dass sich die Frage eines möglichen Abzugs vom statistischen Lohn erst im Rahmen der Bestimmung der erwerblichen Auswirkungen der ärztlich festgestellten Einschränkung in der Arbeitsfähigkeit stellt, was in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltung und im Beschwerdefall in denjenigen des Gerichts fällt. Bevor aus gesundheitlichen Gründen ein Abzug vom Tabellenlohn vorgenommen werden darf, gilt es sodann sorgfältig zu klären, ob die Leistungsminderung aufgrund gesundheitlicher Einschränkungen nicht bereits bei der Einschränkung der Arbeitsfähigkeit – und damit beim Anforderungs- und Belastungsprofil – berücksichtigt worden ist. Ist dies der Fall, fällt ein Leidensabzug ausser Betracht, würde es doch sonst zu einer doppelten Anrechnung des gleichen Gesichtspunktes kommen. Die Rechtsprechung gewährt insbesondere dann einen Abzug auf dem Invalideneinkommen, wenn eine versicherte Person selbst im Rahmen körperlich leichter Hilfsarbeitertätigkeit in ihrer Leistungsfähigkeit eingeschränkt ist. Auch die gesundheitlich bedingte Unmöglichkeit, weiterhin körperlich schwere Arbeit zu verrichten, führt nicht automatisch zu einer weiteren Verminderung des hypothetischen Invalidenlohnes, weil der Tabellenlohn im Kompetenzniveau 1 bereits eine Vielzahl von leichten und mittelschweren Tätigkeiten umfasst. Das Bundesgericht anerkennt, *dass im Totalwert des Kompetenzniveaus 1 bei den Männern auch Tätigkeiten enthalten sind, die versicherten Personen wegen ihres medizinischen Zumutbarkeitsprofils nicht mehr ausüben können*, doch führt dies nach Meinung des Bundesgerichts nicht dazu, dass grundsätzlich ein Tabellenlohnabzug vorzunehmen ist, weil dieses Kompetenzniveau nicht nur (körperlich schwere) Hilfsarbeiten in den Bereichen Bergbau, Bau, Herstellung von Waren und Transportwesen, sondern auch eine Vielzahl von leichten bis mittelschweren Tätigkeiten erfasst. Begriffsdefinition
- 76 Die umfassende Analyse der Praxis zeigt eines deutlich: *Es ist beinahe unmöglich, klare Indizien herauszufiltern, die im konkreten Fall Hinweise darauf geben könnten*, ob das Bundesgericht einen gesundheitlich bedingten Leidensabzug bestätigen oder gar gewähren wird. Die Hürde für einen gesundheitlich bedingten Leidensabzug sind auf Hohe Hürde

jeden Fall (sehr) hoch, da das Bundesgericht davon ausgeht, dass gesundheitlichen Einschränkungen grundsätzlich bereits entweder bei der Bestimmung der Restarbeitsfähigkeit respektive im Rahmen der noch zumutbaren Tätigkeiten des jeweils tiefsten Anforderungsniveaus (heute Level 1) Rechnung getragen wurde. Anhand der (dargestellten) Rechtsprechung erschliesst sich einem allerdings keine durchgehend stringente Logik bezüglich der bundesgerichtlichen Abzugspraxis.

- 77 Die Praxis hat seit BGE 126 V 75 bei versicherten Personen, die ihre Hände gesundheitlich bedingt nur sehr eingeschränkt, beispielsweise als Zudienhand, einsetzen können, verschiedentlich einen Abzug von 20 oder sogar 25 % von dem gestützt auf die LSE ermittelten Invalideneinkommen als angemessen bezeichnet. Allerdings hat das Bundesgericht bei **funktionaler Einarmigkeit oder Einhändigkeit** auch tiefere Abzüge von 10–15 % als angemessen bezeichnet. Wie bereits bei den gesundheitlichen Einschränkungen fällt es auch beim Kriterium «faktische Einhändigkeit» nicht leicht vorherzusehen, wie das Bundesgericht einen konkreten Einzelfall beurteilen wird. Spezifische Rechtsprechungslinie
- 78 Im Zusammenhang mit der Praxis zur ebenfalls als Abzugsgrund anerkannten **psychischen Beeinträchtigung** fällt auf, dass das Bundesgericht *auffällig oft korrigierend in die vorinstanzliche Beurteilung eingegriffen hat*, sei es, dass es den vorinstanzlich gewährten Abzug gesenkt oder aber, dass es diesen erhöht hat. Dies trifft vor allem auf jene Fälle zu, bei denen ein Abzug gewährt worden ist. Psychische Beeinträchtigungen
- 79 Ob es sich bei den «**spezifischen Arbeitsanforderungen**» um ein vom generellen Abzug aufgrund gesundheitlicher Einschränkungen separates Kriterium handelt, ist diskutabel. Letztlich sind die spezifischen Arbeitsplatzanforderungen immer durch die gesundheitlichen Einschränkungen bedingt und könnten auch unter dieses Kriterium subsumiert werden. Vorliegend wird dieses Merkmal separat behandelt, da es sich um ein seltenes Argument handelt. Spezifische Arbeitsanforderungen
- 80 Eine spezielle Kategorie der «psychisch bedingten Einschränkungen» hat sich in der Rechtsprechung mit Bezug auf die **Notwendigkeit besonderer Rücksichtnahme durch Vorgesetzte und allenfalls Arbeitskollegen** entwickelt. Gemäss ständiger Praxis gilt eine solche aus psychischen Gründen erforderliche verstärkte Rücksichtnahme nicht als eigenständiger abzugsfähiger Umstand. Gleiches gilt für einen wegen psychischer Probleme grösseren Betreuungsaufwand. Auch weniger Flexibilität, was das Leisten von Überstunden anbelangt, rechtfertigt in der Regel keinen Abzug vom Tabellenlohn. In der bundesgerichtlichen Praxis, in der gestützt auf dieses Kriterium ein Abzug geltend gemacht worden ist, wurde ein solcher stets verneint. Die grundsätzliche Verneinung eines Abzugs, wenn bei der betroffenen Person eine besondere Rücksichtnahme oder Betreuung notwendig ist, mag auf den ersten Blick durchaus verständlich sein. Fraglich ist aber, *ob eine gesundheitlich beeinträchtigte Person auf dem realen Arbeitsmarkt nicht mit lohnmässigen Nachteilen rechnen muss*, wenn bereits vor Anstellungsbeginn klar ist, dass sie besonderer Rücksichtnahme oder Aufmerksamkeit bedarf. Rücksichtnahme

- In den seltenen Fällen, in denen das Bundesgericht ausnahmsweise einen Abzug wegen **gesundheitlich bedingter Absenzen** gewährt hat, *lagen jeweils Umstände vor, die das Risiko krankheitsbedingter Arbeitsabsenzen ganz konkret erhöhten* (Schubkrankheit, täglich mehrmalige Selbstkatheterisierung). Das Bundesgericht hat denn auch erklärt, dass nicht vorhersehbare und schwer kalkulierbare Absenzen, wie sie durch Krankheitsschübe verursacht würden, einen Tabellenlohnabzug rechtfertigen können. *In aller Regel rechtfertigt das Risiko vermehrter gesundheitlicher Absenzen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aber keinen Abzug vom Tabellenlohn.*
- 82 Auch das Kriterium «fortgeschrittenes **Alter**» reicht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für sich allein noch nicht für einen Abzug vom Tabellenlohn. Erst im Verbund mit zusätzlichen Erschwernissen wie leidensbedingten Einschränkungen, eingeschränktem Betätigungsfeld, eingeschränkter Arbeitsfähigkeit oder Migrationshintergrund rechtfertigt sich nach Ansicht des Bundesgerichts ein Abzug vom Tabellenlohn. Was wie eine Ausnahme formuliert ist, entpuppt sich in der Praxis allerdings als häufig gesehener Anwendungsfall. Es kommt nicht selten vor, dass die IV-Stellen, kantonalen Gerichte oder das Bundesgericht einen Tabellenlohnabzug in unterschiedlicher Höhe aufgrund des Alters gewähren.
- 83 Auch ein hohes **Dienstalder** oder eine **langjährige Betriebszugehörigkeit** sind – so kann die bundesgerichtliche Rechtsprechung wohl zusammengefasst werden – nur in Verbindung mit weiteren erschwerenden Umständen ein Grund für einen Tabellenlohnabzug. Eine Vorgabe, welche oder wie viele zusätzliche Kriterien erfüllt sein müssen, lässt sich der Rechtsprechung nicht entnehmen – ebenso wenig wie Regeln, wann der Abzug wie hoch ausfällt.
- 84 **Fehlende oder geringe Berufserfahrung** sowie fehlende (Berufs-)Bildung bilden sodann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich keine Kriterien für Leidensabzüge. Dies erstaunt u.E. aus zwei Gründen. So widerspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass sich eine fehlende Ausbildung oder Berufserfahrung bei einem (erzwungenen) Berufswechsel nicht negativ auswirken können soll. Ein «Quereinsteiger aus gesundheitlichen Gründen» wird erfahrungsgemäss keinen vergleichbaren Lohn erhalten wie ein auf dem Beruf ausgebildeter und erfahrener Arbeitnehmer.
- 85 Eine **langjährige Absenz vom Arbeitsmarkt** oder ein mehrjähriger Arbeitsunterbruch haben gemäss ständiger Rechtsprechung im Bereich der einfachen und repetitiven Tätigkeiten (Anforderungsniveau 4/Kompetenzniveau 1) keine lohnmassigen Nachteile zur Folge, weshalb sich auch keine Tabellenlohnabzüge rechtfertigen, sofern nicht zusätzliche erschwerende Momente hinzutreten. Auch dies überrascht: Selbst auf einem konjunkturell geglätteten, ausgeglichenen Arbeitsmarkt dürften Arbeitnehmer, die während langer Zeit vom Arbeitsmarkt desintegriert waren, (mehr) Schwierigkeiten haben, eine gleich gut wie der Durchschnitt bezahlte Tätigkeit zu finden, speziell dann, wenn sie gesundheitliche Probleme haben.
- 86 Indem das Eidgenössische Versicherungsgericht unter dem Titel des Beschäftigungsgrades bei **Teilzeittätigkeit** einen leidensbedingten Abzug anerkannte, wollte es unter anderem dem Umstand Rechnung tragen, dass Teilzeitbeschäftigte in der Regel über-

proportional weniger verdienen als Vollzeitangestellte. Allerdings hielt das Bundesgericht gerade kürzlich ausdrücklich fest, dass sich aufgrund der dargelegten Rechtsprechung gerade nicht ergebe, dass zwingend ein Abzug vorzunehmen sei, wenn nur noch eine Teilzeittätigkeit zumutbar ist. Nach Erkenntnissen des Bundesgerichts verdienen nämlich Teilzeitangestellte nicht zwingend weniger als Vollzeitangestellte, dies gerade in Beschäftigungsbereichen, in denen Teilzeitarbeit Nischen auszufüllen vermag, die arbeitgeberseits stark nachgefragt und dementsprechend entlohnt werden. Die Teilzeitbeschäftigung könne sich – so das Bundesgericht – insbesondere bei Frauen im Vergleich zu einer Vollzeitbeschäftigung sogar proportional loohnerhöhend auswirken. Im Gegensatz dazu geht das Bundesgericht davon aus, dass Männer, die gesundheitlich bedingt lediglich noch teilzeitlich erwerbstätig sein können, statistisch gesehen vergleichsweise weniger gut entlohnt werden als Vollzeiterwerbstätige. Grundsätzlich sei ein Abzug vom Tabellenlohn vorzunehmen, wenn ein Versicherter seine Arbeitsfähigkeit nicht vollschichtig umsetzen könne, *weil Teilzeitarbeit bei Männern statistisch gesehen vergleichsweise weniger gut entlohnt werde als eine Vollzeittätigkeit*. Ob tatsächlich ein Abzug vom Tabellenlohn vorzunehmen sei, wenn ein Versicherter seine Arbeitsfähigkeit nicht vollschichtig umsetzen könne, müsse allerdings stets mit Blick auf den konkreten Beschäftigungsgrad und die jeweils aktuellen Werte gemäss anwendbarer LSE-Tabelle beurteilt werden.

- 87 Gemäss beständiger bundesgerichtlicher Praxis entfällt ein Tabellenlohnabzug, wenn ein grundsätzlich vollzeitlich arbeitsfähiger Versicherter aus gesundheitlichen Gründen lediglich **reduziert leistungsfähig** ist. Es hat dazu verschiedentlich ausgeführt, dass die Ursachen, weshalb Teilzeittätigkeiten in der Regel überproportional niedriger entlohnt werden als Vollzeittätigkeiten, höchstens teilweise bekannt seien. *Daher könne eine Gleichbehandlung der beiden Tätigkeitsarten beim Leidensabzug auch nicht damit begründet werden, bei Vollzeittätigkeiten mit eingeschränkter Leistungsfähigkeit wirkten sich regelmässig dieselben ökonomischen Gesichtspunkte aus wie bei Teilzeittätigkeiten*. Zwar möge in Einzelfällen eine solche Vollzeittätigkeit tatsächlich mit einem überproportionalen Minderverdienst verbunden sein. Dass dies in gleicher Weise wie bei den Teilzeittätigkeiten den Regelfall darstelle, lasse sich aber nicht zuverlässig sagen, zumal auch Faktoren angeführt werden könnten, welche eine Vollzeittätigkeit mit eingeschränktem Leistungsvermögen für einen Arbeitgeber attraktiver erscheinen liessen als eine Teilzeittätigkeit. Die Rechtsprechung ist damit relativ strikt: Wer vollzeitlich tätig sein kann – wenn auch mit Leistungseinschränkungen –, dessen Invalideneinkommen wird um die Leistungseinschränkung reduziert, *ein zusätzlicher Tabellenlohnabzug wird grundsätzlich aber nicht gewährt*. Abzüge wurden, soweit ersichtlich, einzig dann vorgenommen, wenn mindestens eine 50%ige Leistungseinschränkung vorlag und allenfalls noch *zusätzliche Erschwernisse, wie besondere Anforderungen an den Arbeitsplatz, hinzukamen*.

Reduzierte
Leistungsfähigkeit

- 88 Ein oft gehörter Einwand von versicherten Personen ist jener, dass sie aufgrund ihrer ausländischen **Staatsangehörigkeit** auf dem Arbeitsmarkt lohnmassig benachteiligt seien. Allerdings schien der Praxis die Berücksichtigung der Nationalität der Praxis seit jeher bereits deshalb als problematisch, weil die statistischen Löhne aufgrund der Einkommen der schweizerischen und der ausländischen Wohnbevölkerung erfasst werden,

Nationalität
und Herkunft

sodass nach seinen Überlegungen konsequenterweise bei schweizerischen Versicherten sogar ein Zuschlag zum Tabellenlohn vorgenommen werden müsste. Das Bundesgericht weist darauf hin, dass nicht immer sämtliche Ausländer weniger Einkommen erzielen als der Totalwert aller Schweizer und Ausländer; vielmehr könnten sich je nach Aufenthaltskategorie und Anforderungsniveau weit gehende Unterschiede beim Lohn ergeben, insbesondere bei Inhabern einer Niederlassungsbewilligung, bei welchen der Durchschnittslohn für einfache und repetitive Tätigkeiten sogar über dem Tabellenlohn liege. Eine EU/EFTA-Niederlassungsbewilligung wird tendenziell sogar als lohnerhöhender Faktor eingeschätzt. *Ein Migrationshintergrund ist nach Auffassung des Bundesgerichts auf alle Fälle kein Grund für einen automatischen Abzug.*

- 89 Weiter sind Leidensabzüge aufgrund **mangelhafter Sprachkenntnisse** selten. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung finden sich nur vereinzelte Fälle, in denen im Zusammenhang mit mangelhaften Sprachkenntnissen ein Abzug vom Tabellenlohn gewährt wurde – *und das jeweils nur in Verbindung mit weiteren Umständen, die es der betroffenen Person erschwerten, ihre Arbeitsfähigkeit zu verwerten.* Zudem erfordern einfache und repetitive Tätigkeiten, auf welche zur Bestimmung des Invalideneinkommens oftmals abgestellt wird, nach Ansicht des Bundesgerichts keine guten Sprachkenntnisse. Sprache
- 90 Bestehen über das ärztlich beschriebene Beschäftigungspensum hinaus zusätzliche Einschränkungen, wie ein vermindertes Rendement pro Zeiteinheit wegen verlangsamter Arbeitsweise oder ein Bedarf nach ausserordentlichen **Pausen**, oder ist die funktionelle Einschränkung ihrer besonderen Natur nach nicht ohne Weiteres mit den Anforderungen vereinbar, wie sie sich aus den gewöhnlichen betrieblichen Abläufen ergeben, *kann dies gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Bemessung des leidensbedingten Abzugs vom statistischen Tabellenlohn berücksichtigt werden.* Auch bei diesem Punkt kommt der ärztlichen Beurteilung grosses Gewicht zu. Weist ein Gutachten nicht explizit aus, ob ein erhöhter Pausenbedarf bei der Schätzung der Restarbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit bereits berücksichtigt wurde oder nicht, stellt dies den späteren Rechtsanwender als Nichtmediziner vor grosse Abgrenzungsschwierigkeiten. Dies dürfte ein Grund dafür sein, dass je nach betrachtetem Entscheid ein geltend gemachter erhöhter Pausenbedarf zu einem Tabellenlohnabzug geführt hat oder nicht. Vermehrter Pausenbedarf
- 91 Ist eine gesundheitlich beeinträchtigte Person nicht mehr in der Lage, weiter an ihrer bisherigen Arbeitsstelle zu arbeiten, oder wurde ihr diese Stelle gekündigt, so hat sie sich am neuen Ort einzugewöhnen und u.U. umzustellen. Da ein neuer Arbeitsplatz aber stets mit einer Eingewöhnungsphase einhergeht, vermag ein allfälliger Eingewöhnungs- oder **Anpassungsaufwand** gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keinen Tabellenlohnabzug zu rechtfertigen. Dieser Schlussfolgerung kann nicht grundsätzlich widersprochen werden. Tatsache ist aber auch, dass gerade ältere Arbeitnehmende einen grösseren Anpassungsaufwand und wohl auch eine längere Eingewöhnungsphase haben dürften. Diesbezüglich dürfte sich allerdings tatsächlich eher die Frage stellen, ob es für einen Arbeitgeber unter Berücksichtigung der restlichen Aktivitätsdauer noch ökonomisch sinnvoll und er dazu bereit ist, den Arbeitnehmer anzustellen und in die Prozesse einzuarbeiten. Eingewöhnung = Frage der Verwertbarkeit

- 92 Die Rechtsprechung zum Kriterium der «**Region**» als Abzugsgrund fällt bescheiden aus. Die wenigen Entscheide deuten jedoch darauf hin, dass es bei der Bestimmung des Invalideneinkommens und für die Frage, ob ein Abzug angezeigt ist, keine Rolle spielt, in welchem örtlichen Umfeld die betroffene Person eine Stelle sucht. In der Realität mögen die Erfolgsaussichten auf eine neue Stelle durchaus davon abhängen, in welcher Region danach gesucht wird und wie örtlich flexibel die Stellensuchenden sind. Die fehlende Relevanz dieses Kriteriums steht in einem Unterschied zur Arbeitslosenversicherung, wo ein Arbeitsweg von mehr als zwei Stunden je für Hin- und Rückweg als unzumutbar erachtet wird. In der Invalidenversicherung, in welcher es letztlich nicht um ein zeitlich begrenztes Taggeld, sondern um eine Rente geht, findet jedoch keine derartige örtliche Eingrenzung des Arbeitsmarktes statt. Region

II. Würdigung

- 93 Die Praxis des Bundesgerichts zum Tabellenlohnabzug (zeigt u.E. deutlich, dass Abzüge vom Tabellenlohn in der Praxis aus über einem Dutzend verschiedener Gründe möglich und häufig anzutreffen sind. Genau betrachtet ist fast jedes der 17 aufgezeigten Kriterien in der Praxis geeignet, einen Abzug von 5–20 % (in Ausnahmefällen 25 %) zu begründen. Dem Abzug vom Tabellenlohn als einzigem zur Verfügung stehendem und in der Praxis regelmässig angewendetem Korrekturinstrument des Invalideneinkommens gemäss LSE-Tabellenlohn kommt damit eine überragende Bedeutung bei der Bemessung des Invaliditätsgrades zu. Jedes einzelne Mal, wenn die zuständige IV-Stelle, das kantonale Gericht oder das Bundesgericht einen Tabellenlohnabzug gewährt, führt dies zur Erhöhung des IV-Grades. Im System der (bislang noch geltenden) abgestuften IV-Renten hat dies nicht zwingend eine höhere IV-Rente zur Folge. Es leuchtet jedoch ein, dass mit den in 10%-Schritten nahe beieinanderliegenden Schwellenwerten von 40 % (Viertelsrente), 50 % (halbe Rente), 60 % (Dreiviertelsrente) und 70 % (ganze Rente) *ein Tabellenlohnabzug in der Höhe von 5–25 % relativ häufig eine rentenrelevante Rolle spielt*. Die Bedeutung und die nicht vorhandene Alternative eines Korrekturinstrumentes verdeutlichen, *dass der Tabellenlohnabzug im geltenden System der Invaliditätsbemessung nicht weggedacht werden könnte, ohne dass es gleichzeitig zu einer massiven Verschärfung der Praxis käme*. Häufig angewendet
- 94 Im Grunde genommen folgt der Tabellenlohnabzug einer einfachen Systematik: Der Tabellenlohnabzug gründet darin, dass *persönliche und berufliche Merkmale* (wie Art und Ausmass der Behinderung, Lebensalter, Dienstjahre, Herkunft oder Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad) *Auswirkungen auf die Lohnhöhe haben können*. Dass es sich dabei um ähnliche Kriterien handelt, wie sie bereits bei der Verwertbarkeit einer Restarbeitsfähigkeit eine Rolle gespielt haben, erstaunt nicht. Was als Merkmal bei sehr starker Ausprägung (z.B. stark fortgeschrittenes Alter) zu einer Unverwertbarkeit führen kann, ist – in abgeschwächter Form – auch (noch) geeignet, das Lohnniveau der betroffenen versicherten Person negativ zu beeinflussen. Einfache Systematik
- 95 *Die Rechtsprechung im Bereich der Tabellenlohnabzüge ist ausufernd und weder durch die rechtssuchende Person noch die rechtsanwendende Behörde mit vernünftigem Aufwand überblickbar*. Die Vorgaben des Bundesgerichts – wonach Tabellenlohn- Ausufernde Praxis

abzüge nicht schematisch, sondern immer nach den Umständen des Einzelfalles vorzunehmen sind, nicht für jedes Merkmal der entsprechende Abzug zu quantifizieren und alle allfälligen Abzüge zusammenzuzählen sind und der Tabellenlohnabzug insgesamt höchstens 25 % betragen darf–, sind derart allgemein gefasst, dass sie nicht zu einer eigentlichen Konsolidierung der Praxis taugen. Zudem besteht die bundesgerichtliche Praxis nur aus einer Handvoll Leitentscheide – neben hunderten einfacher Anwendungsentscheide. Leider gelingt es auch nach einer vertieften Betrachtung der Rechtsprechung zu jedem einzelnen Merkmal nicht, eine Regelhaftigkeit oder innere Logik herzuleiten, ob überhaupt und, falls ja, wie hoch, ein konkreter Tabellenlohnabzug ausfällt. Noch schwieriger wird es, wenn mehrere Merkmale zusammen auftreten, was in der Praxis sehr häufig der Fall ist. Zwar besteht auch hier eine Tendenz, dass beim Zusammentreffen verschiedener, für sich alleine bereits anerkannter Merkmale, eher ein grundsätzlicher Anspruch auf einen Tabellenlohnabzug bejaht wird. Dafür gestaltet sich die Bemessung bzw. die Vorhersage der konkreten Höhe als umso schwieriger. An die Stelle eines zumindest im Ansatz regelhaften Vorgehens tritt die «freie Ermessenausübung», bei der zwar die lohnrelevanten Merkmale als jeweilige Ausgangspunkte, selten aber deren konkrete Bedeutung im Einzelfall bekannt sind. So fundamental der Tabellenlohnabzug in der Praxis als Korrekturinstrument ist, so undurchsichtig und inkonsistent präsentiert sich dessen praktische Handhabung.

- 96 Die Frage, *ob* ein Abzug vom Tabellenlohn vorzunehmen ist oder nicht, stellt eine vom Bundesgericht frei zu prüfende Rechtsfrage dar. Dagegen ist *die Höhe eines im konkreten Fall grundsätzlich angezeigten Tabellenlohnabzugs nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Ermessensfrage*. Ermessen wiederum ist nicht exakt messbar. An seine Grenzen stösst die Ermessenausübung folglich, wenn ein *klarer Wert* verlangt wird. Beim Tabellenlohnabzug wird von der rechtsanwendenden Behörde verlangt, dass sie am Ende in der Lage ist zu begründen, weshalb ein Abzug von 5 %, 10 %, 15 %, 20 % oder 25 % oder gar kein Abzug gewährt worden ist. Dies ist enorm schwierig, wenn weder die «Einsatzhöhe» vorgegeben oder bestimmbar ist, noch den einzelnen Merkmalen bestimmte Prozentsätze zugerechnet sind. Das «Ob» mag allenfalls noch mit einiger Treffsicherheit entscheidbar sein, das «Wie viel» ist dagegen kaum prognostizierbar. Abzugshöhe
= Ermessen
- 97 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Ermessenausübung letztinstanzlich nur sehr beschränkt, d.h. bei Ermessensüberschreitung, -missbrauch oder -unterschreitung (d.h. bei eigentlichen Rechtsverletzungen) korrigierbar. Nicht selten auferlegt sich auch die kantonale Vorinstanz – obwohl an sich mit voller Kognition ausgestattet – eine gewisse Zurückhaltung bei der Korrektur von Ermessensentscheiden der kantonalen IV-Stellen. Ermessensentscheidungen sind damit nicht oder nur beschränkt justiziabel. Im Bereich des Tabellenlohnabzuges verhält es sich nun so, dass dieser bis max. 25 % des IV-Grades und damit im Extremfall den Unterschied zwischen keiner Rente (< 40 %) und einer Dreiviertelsrente (> 60 %) oder einer Viertelsrente (> 45 %) und einer ganzen Rente (> 70 %) ausmachen kann. Damit offenbart sich, dass je nach Ermessenausübung der Behörde ein Grossteil oder evtl. auch nur der entscheidende Teil der Invaliditätsbemessung nicht justiziabel ist. Im Bereich einer auf Jahre angelegten Dauerleistung mit enormer finanzieller Tragweite (inkl. BVG und evtl. EL) vermag diese Lücke im Rechtsschutz nicht zu befriedigen. IV-Grad nicht
justiziabel?

- 98 Dem Tabellenlohnabzug fehlt es bis heute in jeglicher Hinsicht (Voraussetzungen, Bemessung) an einer gesetzlichen Grundlage. Um die Ermessensausübung rechtsgleich vornehmen zu können, wäre daher zu erwarten, dass in der einschlägigen Verwaltungsverordnung (Kreisschreiben über die Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung [KSIH]) detaillierte Ausführungen für die Praxis vorhanden sind. Im KSIH wird in den Rz. 3067.1–3067.4 aber in nur gerade vier Abschnitten auf den Tabellenlohnabzug Bezug genommen. Soweit ersichtlich ist dies die einzige Erwähnung des Tabellenlohnabzuges in einem Kreisschreiben zur Invalidenversicherung. Auffallend ist primär die Diskrepanz zwischen der enorm reichhaltigen Praxis des Bundesgerichts und den spärlichen Ausführungen im KSIH. Im KSIH wird die bundesgerichtliche Praxis gerade soweit wiedergegeben, als die drei Kernschränken (kein automatischer Abzug und keine simple Kumulation der Merkmale [Rz. 3067.2] sowie Beschränkung auf max. 25 % [Rz. 3067.1]) aufgezeigt werden. Zudem finden sich minime Verweise auf die Rechtsprechung zum Tabellenabzug bei Teilzeitarbeit (Rz. 3067.4) und (in sehr pauschalisierter Form) zu Abzügen bei gesundheitlichen Einschränkungen (Rz. 3067.3). Von der restlichen, die überwiegende Mehrheit der Entscheide bildenden Rechtsprechung zu den in der Praxis relevanten Kriterien fehlt jede Spur. Das ist u.E. erstaunlich, wird damit doch die bereits bestehende Rechtsunsicherheit im Bereich der Tabellenlohnabzüge noch vergrössert, weil einer ungleichen kantonalen Praxis Vorschub geleistet wird.
- 99 Bei der Betrachtung der reichhaltigen und uneinheitlichen Rechtsprechung zu den Merkmalen des Tabellenlohnabzuges drängt sich die grundlegende Frage auf, weshalb in der Praxis überhaupt regelmässig und bisweilen inkonsistent Abzüge vom Tabellenlohn vorgenommen werden müssen. Aus Sicht der versicherten Person soll einerseits eine möglichst realitätsgerechte Einschätzung erfolgen und daraus andererseits ein höherer IV-Grad resultieren. Der Tabellenlohnabzug schafft aus Sicht der Versicherten beides: Er berücksichtigt die konkreten lohnrelevanten Merkmale der Person und führt bei Gewährung zu einem höheren IV-Grad. Aus Sicht des Rechtsanwenders gestaltet sich die Frage komplexer. An sich könnte er sich in vielen Fällen auf den Standpunkt stellen, dass kein Abzug vom Tabellenlohn geschuldet ist, weil der hypothetische Tabellenlohn auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt realisiert werden kann und dieser genügend Stellen aufweist, bei welchen die geltend gemachten lohnrelevanten Merkmale und Einschränkungen nicht relevant sind. Im Ergebnis entspricht dies nicht selten sinngemäss der Argumentation, wenn in einem untersuchten Entscheid kein Abzug vom verwendeten Tabellenlohn gewährt wird. In den – häufig anzutreffenden – Fällen, in denen ein Abzug in unterschiedlicher Höhe gewährt wird, muss die rechtsanwendende Stelle zu einem anderen Ergebnis hinsichtlich der Verwendbarkeit der LSE-Tabellenlöhne gekommen sein. *Einen ermessensmässigen Abzug gewährt der Rechtsanwender letztlich nur, wenn er davon überzeugt ist, dass aus den geltend gemachten und aktenkundigen invaliditätsbedingten und invaliditätsfremden Gründen das in der LSE-Tabelle hinterlegte Lohnniveau nicht erreicht werden kann* – und zwar auch nicht auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt. Wenn nun, wie aufgezeigt, mehr als ein Dutzend Merkmale bestehen, anhand welcher der Ausgangswert des hypothetischen Lohnniveaus um regelmässig 10–20 % (die 5 % und 25 % Abzüge sind gegenüber den anderen eher seltener) nach unten korrigiert wird, deutet dies u.E. darauf hin, dass der zur Anwendung gelangende statistische Ausgangswert der Realität nicht gerecht wird oder zumindest die Rechtsanwendung starke Zweifel an dessen Plausibilität hat.

Kreisschreiben
KSIH

Ursache für
reichhaltige
Praxis

G. Ausgewählte Probleme der Verwendung der LSE

I. Übersicht: «Fast fiktive Lohnniveaus»

- 100 Das Bundesgericht kennt die Schwächen der LSE als Instrument zur Invaliditätsbemessung. Aus BGE 142 V 178 gehen wesentliche, nachfolgend zu erläuternde Kritikpunkte deutlich hervor. Diese Kritikpunkte führten das Bundesgericht zur bereits mehrfach erwähnten Aussage, die Verwendung der LSE sei im Rahmen der Invaliditätsbemessung nach Art. 16 ATSG *ultima ratio*: «Der Griff zur Lohnstatistik ist demnach *subsidiär*, d.h. deren Beizug erfolgt nur, wenn eine Ermittlung des Validen- und/oder Invalideneinkommens aufgrund und nach Massgabe der konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls nicht möglich ist». Weiter attestierte das Bundesgericht der LSE zwar Beweiseignung, schränkte dies aber auf eine Übergangszeit ein, bis ein «präziseres Setting» vorliege. Die LSE-Tabellenlöhne sollten lediglich eine Übergangslösung sein. Was spricht nun aber konkret gegen den Beizug der LSE zur Invaliditätsbemessung?
- Schwächen der LSE
- 101 Zunächst stellt eine Statistik gezwungenermassen eine gewisse Vereinfachung und Standardisierung dar. In diesem Zusammenhang führt das Bundesgericht aus, jeder Anwendung statistischer Werte sei die *Abstrahierung*, d.h. die *Ausblendung der konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls*, immanent. Spezifisch mit Bezug auf die LSE spricht das Bundesgericht ausdrücklich von «*sehr aggregierten – fast fiktiven – Lohnniveaus*». Dies gerät in eine grundsätzliche Spannung zu einer individuell-konkreten Invaliditätsbemessung und zu den differenzierten Abklärungen bei der gesundheitlichen Komponente der Erwerbsunfähigkeit.
- Abstrahierung
- 102 Gemäss UELI KIESER ist es nicht überzeugend, dass «(...) im Anschluss an die vollständig individuell konzipierte Feststellung einer allfälligen gesundheitlichen Einschränkung (in Form insbesondere von gutachtlichen Abklärungen) das Invalideneinkommen regelmässig durch den Beizug von Tabellen» bestimmt wird, denn «damit wird – was nicht schlüssig ist – ein individuell bestimmtes Resultat im nachfolgenden Schritt durch Beizug eines generell bestimmten Elementes weiterentwickelt». Und auch innerhalb des Einkommensvergleich besteht eine erhebliche methodische Spannung zwischen dem «möglichst konkret» bestimmten Valideneinkommen und einem sehr abstrakt festgelegten Invalideneinkommen.
- Methodische Einwände
- 103 Doch es sind nicht nur diese methodischen Widersprüche, die Zweifel wecken, ob die LSE in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung ein geeignetes Instrument zur Invaliditätsbemessung darstellt. Die starke Abstrahierung führt weiter zur *Ausblendung rechtserheblicher Umstände*: «Die LSE-Zahlen stellen ein eher grobes Raster ohne Feinabstufungen dar. Die Art der Behinderung und die übrigen persönlichen und beruflichen Umstände werden nicht konkret, sondern mit Hilfe von Prozentabzügen auf den Tabellenlöhnen berücksichtigt.» Das Bundesgericht äusserte sich ebenfalls mehrfach dahingehend, dass die LSE wegen ihres Grobrasters keine solche Feinabstufung im Einzelfall erlaube: «Die Durchschnittswerte der LSE schliessen je nach Art der Behinderung und der übrigen Umstände eine *mehr oder weniger grosse Zahl von ungeeigneten Arbeitsplätzen* mit ein.»
- Ausblendung

- 104 Die von der Rechtsprechung praktizierte, fast ausschliessliche Verwendung der Tabelle TA 1_tirage_skill_level erscheint daher problematisch, da sie auch unzumutbare Verweistätigkeiten einschliesst. Der Tabellenlohnabzug – das «normative Korrektiv zur Verwendung von LSE-Tabellenlöhnen» – vermag diese Abstrahierung nicht zu kompensieren, sondern führt aufgrund seiner Ermessenszüge vielmehr zu «potenziell arbiträren Resultaten». Die Lohnstatistik ist nach dieser grundsätzlichen Kritik methodisch widersprüchlich, schliesst unzumutbare Verweistätigkeiten ein und führt zu potenziell willkürlichen Resultaten. Korrektiv?

II. Einschluss ungeeigneter Stellen

- 105 Die fehlende Ausscheidung ungeeigneter Stellenprofile fällt vor allem deshalb ins Gewicht, weil innerhalb der Kompetenzniveaus *erhebliche Lohnunterschiede* zwischen den einzelnen Tätigkeiten bestehen und klare Hinweise dafür vorliegen, dass gerade im Bereich der vielzitierten Hilfsarbeitskräfte körperlich anstrengende Tätigkeiten besser entlohnt werden als Tätigkeiten mit geringerem Leistungsprofil. So zählen beispielsweise die vom Bundesgericht immer wieder genannten Museumswärter und Parkplatzwächter nach der einschlägigen Berufsnomenklatur zu den «Hilfsarbeitskräften, anderweitig nicht genannt» (9629 ISCO-08), deren Medianlohn gemäss den vom Büro BASS ausgewerteten Daten der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE) bei CHF 4'153 liegt (Männer: CHF 4'580; Frauen: CHF 3'926), während der Medianlohn für Hilfsarbeiter im Tiefbau (9312 ISCO-08) bei CHF 6'175 liegt (Männer: CHF 6'250; Frauen: CHF 4'532). Daraus resultiert – basierend auf den SAKE-Daten – je nach Tätigkeit ein *Lohnunterschied von über CHF 2'000* innerhalb des Kompetenzniveaus 1. Die fehlende Ausscheidung ungeeigneter Stellenprofile dürfte sich also *zuungunsten der Versicherten* auswirken. Überhaupt ist kritisch zu fragen, ob das Kompetenzniveau 1 (einfache Tätigkeiten körperlicher und handwerklicher Art) eine geeignete Grundlage zur Invaliditätsbemessung darstellt. Viele Tätigkeiten im Kompetenzniveau 1 dürften bei eingeschränkten Leistungsprofilen nicht oder nur eingeschränkt ausübbar sein. Verwaltungs- und Gerichtspraxis haben sich bislang weder um eine *Ausscheidung ungeeigneter und unzumutbarer Stellenprofile bzw. Tätigkeiten* bemüht noch entsprechende Bemühungen nachdrücklich eingefordert. In der Gerichtspraxis liefert vielfach der «ausgeglichene Arbeitsmarkt» die Begründung, um vom realen Arbeitsmarkt und von realistischen Lohnniveaus abzusehen. Die Rechtsprechung *fingiert* entsprechend, dass der LSE-Tabellenlohn des Kompetenzniveaus 1 auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt eine Vielzahl von leichten und mittelschweren Tätigkeiten umfasst. Lohnunterschiede
- 106 Eine Annäherung an die Realität könnte über den Tabellenlohnabzug erfolgen. Darin lag denn auch der Sinn und Zweck des *Schwerarbeiterabzuges*, auf den der heutige Tabellenlohnabzug zurückgeht: Das EVG anerkannte mit dem Schwerarbeiterabzug, «dass Versicherte, die in ihrer letzten Tätigkeit körperliche Schwerarbeit verrichteten und nach Eintritt des Gesundheitsschadens auch für leichtere Arbeiten nur beschränkt einsatzfähig sind, in der Regel das entsprechende durchschnittliche Lohnniveau gesunder Hilfsarbeiter nicht erreichen». Doch die Rechtsprechung hat sich davon deutlich distanziert und lässt funktionelle Einschränkungen qualitativer Natur heute vielfach nicht mehr zum Abzug zu. Tabellenlohnabzug?

- 107 Die Forderung nach einer (Wieder-)Einführung eines Tabellenlohnabzugs für funktionelle Einschränkungen qualitativer Natur ist grundsätzlich nachvollziehbar und begründet. In erster Linie wären aber unseres Erachtens die zur Invaliditätsbemessung beigezogenen Tabellenlöhne dahingehend zu bereinigen, dass die *Löhne ungeeigneter Stellen ausgeschieden* werden und sich die Bemessung des Invalideneinkommens einzig auf Löhne von Tätigkeiten bezieht, welche für die versicherte Person tatsächlich infrage kommen und ihr zumutbar sind. Damit würde einerseits dem Urgedanken des Tabellenlohnabzugs nachgelebt, wonach es dem EVG und dem BSV bereits vor über 30 Jahren einleuchtete, dass ehemals körperlich schwer arbeitende versicherte Personen bei einem gesundheitlich bedingten Wechsel in eine (weiterhin) minder qualifizierte, nunmehr aber körperlich leichte Tätigkeit eine spürbare Lohneinbusse hinnehmen müssen. Andererseits könnte mit einer Korrektur der statistischen Grundlagen eine deutliche Verschlankeung der Verfahren erreicht werden, weil eine umfassende Prüfung des Tabellenlohnabzugs für diese Konstellationen im Einzelfall entfallen würde.

Folgerung

III. Gesundheitlich bedingte «Lohndiskriminierung»

- 108 Ein weiteres Problem der Verwendung der LSE liegt darin, dass sich die in der LSE dargestellten Medianlöhne hauptsächlich aus Erhebungen bei *gesunden Personen* ergeben: «Tabellenmedianlöhne der LSE widerspiegeln nur sehr unzureichend das Lohnniveau von gesundheitlich beeinträchtigten Personen.» Die LSE unterscheidet nicht zwischen gesunden und kranken Arbeitnehmenden und lässt keine Aussage zu, wie viel versicherte Personen mit gesundheitlichen Einschränkungen tatsächlich verdienen können.
- 109 Das Büro BASS hat die *gesundheitlich bedingte «Lohndiskriminierung»*, d.h. die *statistisch nachweisbaren Lohneinbussen* – soweit ersichtlich schweizweit erstmals – statistisch ausgewertet und ist dabei zu folgenden Ergebnissen gekommen:
- *Die Löhne von versicherten Personen mit gesundheitlichen Einschränkungen sind signifikant tiefer als die Löhne gesunder Personen.* Sowohl die Durchschnittslöhne (Mittelwerte) als auch die Medianlöhne von Erwerbstätigen mit gesundheitlichen Einschränkungen *ohne IV-Rente* sind im Vergleich zu gesunden versicherten Personen *rund 10 % tiefer*.
 - Die Löhne von erwerbstätigen IV-Rentnerinnen und -Rentnern sind mit Einbussen von *rund 14 % des Durchschnittslohnes und rund 17 % des Medianlohnes noch tiefer*. Der grösste Anteil der Lohnunterschiede lässt sich nicht auf lohnrelevante Faktoren wie etwa Alter, Geschlecht oder Brancheneffekte zurückzuführen. Selbst unter Berücksichtigung dieser Faktoren resultiert ein um 12.4 % tieferer Durchschnittslohn der erwerbstätigen IV-Rentnerinnen und -Rentnern bzw. ein um 10 % tieferer Durchschnittslohn von Erwerbstätigen mit starken gesundheitlichen Einschränkungen. Bei Tätigkeiten auf dem Kompetenzniveau 1 ist der durchschnittlich erzielte Lohn von erwerbstätigen IV-Rentnerinnen und -Rentnern um knapp 10 % tiefer als für Personen ohne starke gesundheitliche Einschränkungen. Gerade bei diesen Tätigkeiten ist der Gesundheitszustand massgebender Faktor für die Unterdurchschnittlichkeit des Invalideneinkommens.

Löhne Gesunder

Lohndiskriminierung

- 110 Angesichts dieser gesundheitlich bedingten Lohnunterschiede ist es nach den Erkenntnissen des Büro BASS angezeigt, beim Beizug der LSE zur Invaliditätsbemessung vom mittleren Quartil bzw. Median abzurücken und auf das untere Quartil (0.25-Quartil) abzustellen (das entspräche einer Reduktion des Lohnniveaus von durchschnittlich ca. 15 %), denn die LSE lässt keine Differenzierungen nach dem Gesundheitszustand oder der Behinderung zu. Unteres Quartil

IV. Praxis zum Tabellenlohnabzug

- 111 Der Tabellenlohnabzug kann bzw. könnte u.a. eine Annäherung an die Realität gewährleisten. Er stellt jedoch ein rechtliches Ermessensinstrument dar, mit dem im Einzelfall, ermessensweise, eine Korrektur aufgrund verschiedenster Kriterien möglich – aber nicht zwingend – ist. Darin zeigt sich, dass der Tabellenlohnabzug zwar eine Korrektur einer in der LSE angelegten, gesundheitlich bedingten Lohndiskriminierung im Einzelfall erwirken kann, er aber nicht dafür geschaffen wurde. Entsprechend fehleranfällig wäre ein Vertrauen in die Korrekturfähigkeit des Tabellenlohnabzuges. Hinzu tritt der Umstand, dass die derzeitige Praxis bei der Gewährung von Tabellenlohnabzügen aufgrund gesundheitlicher Einschränkungen als restriktiv bezeichnet werden muss. Da Bundesgericht geht davon aus, dass gesundheitlichen Einschränkungen grundsätzlich bereits entweder bei der Bestimmung der Restarbeitsfähigkeit respektive im Rahmen der noch zumutbaren Tätigkeiten des jeweils tiefsten Anforderungsniveaus (heute Level 1) Rechnung getragen wurde. *Eine Korrektur der festgestellten statistischen Diskriminierung bei den LSE-Tabellenlöhnen für Personen mit gesundheitlichen Einschränkungen oder bestehender (Teil-)Invalidität hat somit zwingend in den zu Grunde liegenden Tabellenlöhnen selber zu erfolgen und nicht über einen ermessensweisen Abzug vom Tabellenlohn im Einzelfall.* Kein statistisches Korrekturmittel
- 112 Mit Blick auf die Auswertungen der statistischen Grundlagen zeigt sich, dass gesundheitlich eingeschränkte Personen statistisch 10–17 % weniger verdienen als gesunde Personen in gleichen Tätigkeiten. Allein dieser Umstand bedarf als Konsequenz einer Korrektur. Zudem besagt die Verfügbarkeit von leichten Verweistätigkeiten – nebst den schweren Hilfsarbeiten – innerhalb des Kompetenzniveaus 1 noch nichts über das Lohnniveau der häufig einzig in Frage kommenden leichten Tätigkeiten aus. Wenn das Bundesgericht scheinbar – u.E. zu Recht – selber davon ausgeht, dass im Kompetenzniveau 1 auch diverse körperlich schwere Hilfsarbeitstätigkeiten erfasst sind, die den versicherten Personen in aller Regel nicht mehr offenstehen, so würde es u.E. auf der Hand liegen, abzuklären, ob denn die leichten Hilfsarbeitstätigkeiten gemäss Kompetenzniveau 1 gleich viel verdienen können wie die körperlich schweren Hilfstätigkeiten. Kritik an der Rechtsprechung

V. Grossregionen

- 113 Die Tabelle *TA 1_tirage_skill_level* lässt die regionalen Lohnunterschiede unberücksichtigt. In der LSE werden sechs Grossregionen unterschieden, zwischen welchen teilweise erhebliche Lohnunterschiede bestehen. Gemäss der LSE 2016 überstiegen die Grossregionen in LSE

Löhne in den drei Grossregionen Zürich (Kanton Zürich) (CHF 6'869), Nordwestschweiz (BS, BL, AG) (CHF 6'700) und Genferseeregion (VD, VS, GE) (CHF 6'591) den Schweizer Medianlohn von CHF 6'502. Die tiefsten Löhne wurden im Jahr 2016 im Tessin (TI) ausbezahlt (CHF 5'563). Die Löhne lagen 14.4 % unter dem Schweizer Medianlohn. In der Ostschweiz (GL, SH, AR, AI, SG, GR, TG) betrug der Medianlohn CHF 6'092 (-6,3%). In den Grossregionen Espace Mittelland (BE, FR, SO, NE, JU) (CHF 6'426) und Zentralschweiz (LU, SZ, OW, NW, ZG) (CHF 6'451) lagen die Löhne leicht unter dem Schweizer Total (1,2 % bzw. 0,8 %) (LSE 2016, S. 27).

- 114 Wie diese Ausführungen zeigen, liesse die LSE zwar eine Differenzierung nach Grossregionen ohne Weiteres zu, doch sprach sich die Rechtsprechung aus Gründen der Praktikabilität, der Gleichbehandlung (Art. 8 BV) und der Rechtssicherheit dagegen aus: Als (nicht publizierter) «Leitentscheid» dient hierbei ein Fall aus dem Jahr 2006. Betroffen war die Grossregion Tessin, die bis heute ein weit unterdurchschnittliches Lohnniveau ausweist. Zwar anerkannte das EVG, dass die Berücksichtigung von Grossregionen im Ergebnis die konkrete sozio-ökonomische Realität besser abbilden würde (wörtlich: «una soluzione maggiormente vicina alla realtà economico-sociale concreta»), es argumentierte aber gleichzeitig, dass es innerhalb der Grossregionen ebenfalls grosse Unterschiede gebe. Dabei verwies das EVG namentlich auf die Lohnunterschiede zwischen dem Kanton Bern und dem Kanton Jura (Grossregion Espace Mittelland). Vor allem aber wollte die Rechtsprechung eine «lex ticinensis» und damit eine Regionalisierung bzw. Kantonalisierung der Invaliditätsbemessung vermeiden. <lex ticinensis»?
- 115 Die gerichtlichen Überlegungen zur Praktikabilität, Gleichbehandlung und Rechtssicherheit («considerazioni di praticabilità, di parità di trattamento e di sicurezza giuridica») vermögen diese weitreichende Praxis u.E. nicht zu stützen. Zwar «dient» das Abstellen auf gesamtschweizerische Tabellen insofern den eben erwähnten Grundsätzen, als alle Versicherten gemäss ständiger Gerichtspraxis *über einen Leisten geschlagen* werden. Doch dies ist nicht der massgebende rechtliche Massstab. Der Gleichbehandlungsgrundsatz besagt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn zwei tatsächlich gleiche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich oder zwei tatsächlich verschiedene Situationen ohne sachlichen Grund gleich behandelt werden. Weichen regionale Medianlöhne massgebend von den gesamtschweizerischen Medianlöhnen ab, kann nicht mehr von einer *tatsächlich* gleichen Situation gesprochen werden. Eine versicherte Person, die in einer Grossregion mit unterdurchschnittlichem Einkommen lebt, *befindet sich nicht in einer gleichen tatsächlichen Situation* wie eine versicherte Person, die in einer Grossregion mit überdurchschnittlichen Einkommen lebt. Davon ist gerade der Kanton Tessin betroffen. Pauschalisierung
- 116 Tragfähiger erscheint dagegen der gerichtliche Verweis auf die *Schadenminderungspflicht*. Hier hat das EVG eine differenzierte Rechtsprechung entwickelt, die auch für die Invaliditätsbemessung den rechtlichen Massstab liefert. Leitentschied ist bis heute BGE 113 V 22. Das pauschale Abstellen auf gesamtschweizerische Tabellen *verbirgt die erforderliche Zumutbarkeitsprüfung in Gestalt einer umfassenden Interessenabwägung*, in welche die gesamten objektiven und subjektiven Gegebenheiten des Einzelfalles einfließen müssen. Zu beachten sind namentlich auch grundrechtliche Aspekte Schadenminderungspflicht

wie die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 Abs. 1 BV), die Berufsausübungsfreiheit (Art. 27 Abs. 2 BV) und die Sprachenfreiheit (Art. 18 BV). Ob ein Wohnsitzwechsel im Einzelfall zumutbar ist, beurteilt sich also aufgrund der konkreten Umstände. Bereits im Bericht der Expertenkommission wird mit Bezug auf den zumutbaren Arbeitsort ausgeführt, *diese Frage sei nicht generell*, sondern nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen, wobei Faktoren wie familiäre Verhältnisse, Alter, Sprache, Grundbesitz, Art der Behinderung und dergleichen zu berücksichtigen seien.

- 117 Unseres Erachtens ist auch der Verweis auf den fiktiven (ausgeglichenen) Arbeitsmarkt kein eigenständiges und tragfähiges Argument, um das Absehen von regionalen Lohnunterschieden zu rechtfertigen. Dies insbesondere dann nicht, wenn die tieferen Löhne nicht aufgrund einer konjunkturell schlechten Marktlage (z.B. Tourismusregionen in der Nebensaison), sondern effektiv mit der geographischen Lage sowie wirtschaftlichen strukturellen Defiziten zusammenhängen. Diese bleiben nämlich auch bei der Annahme einer ausgeglichenen Konjunktur und einem intakten Spiel von Angebot und Nachfrage (ausgeglichener Arbeitsmarkt) bestehen und folglich zu berücksichtigen. Ausgeglichener Arbeitsmarkt
- 118 Die LSE liesse eine Differenzierung der Löhne nach Grossregion zu. Die Gründe, weshalb die Rechtsprechung aber eine solche Differenzierung nicht vornimmt, vermögen nicht zu überzeugen. Namentlich die Zumutbarkeit setzt der von der gesundheitlich beeinträchtigten Person verlangten Mobilität im Hinblick auf den Arbeitsort eine Schranke. Anstatt *pauschal* immer alle Versicherten über einen Leisten zu scheren bzw. immer auf die gesamtschweizerische Tabelle abzustellen, wäre es wünschenswert, wenn die Rechtsprechung in denjenigen Fällen, in denen das Abstellen auf Grossregionen angezeigt ist, die Tabellen der für den Versicherten in Frage kommenden Grossregion zur Berechnung der Vergleichseinkommen heranzieht. Andernfalls manifestiert sich der Nachteil eines unterdurchschnittlichen Lohnniveaus auf der Seite des Valideneinkommens, wogegen er auf Seite des Invalideneinkommens mittels tabellarischem Medianwert «übersteuert» wird. Dadurch resultiert in strukturell lohnmässig schwächeren Kantonen oder Regionen ein tendenziell zu tiefer IV-Grad, wenn das Invalideneinkommen gestützt auf die LSE-Tabellen ermittelt wird, was u.E. nicht haltbar ist. Würdigung

VI. LSE-Tabellenlöhne als Hindernis für den IV-Eingliederungsauftrag

- 119 Bekanntermassen war die Invalidenversicherung bereits vor der 5. IVG-Revision vom Grundsatz «Eingliederung vor Rente» geprägt, der in Art. 28 Abs. 1 lit. a IVG seinen Niederschlag im Gesetzeswortlaut gefunden hat. Das Bundesamt für Sozialversicherungen weist sogar darauf hin, dass sich die IV erfolgreich von der «Renten- zu einer Eingliederungsversicherung gewandelt» habe. Eingliederung vor Rente
- 120 Zentral für die (Wieder-)Eingliederung ist namentlich die Massnahme der Umschulung gemäss Art. 17 IVG. Nach der Rechtsprechung ist unter Umschulung grundsätzlich die Summe der Eingliederungsmassnahmen berufsbildender Art zu verstehen, die notwendig und geeignet sind, dem vor Eintritt der Invalidität bereits erwerbstätig gewesenen Versicherten eine seiner früheren annähernd gleichwertige Erwerbsmöglichkeit zu vermitteln. Auf eine Umschulung besteht nach Art. 17 Abs. 1 IVG nur Anspruch, wenn diese *infolge Invalidität* notwendig wird. Der Anspruch auf eine Umschulung bedarf Abhängig vom IV-Grad

dabei gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts einer Erwerbseinbusse von ca. 20 %. Auch wenn es sich gemäss der Praxis des Bundesgerichts «um einen blossen Richtwert» handelt, werden die Notwendigkeit und der Umfang der beruflichen Massnahmen *von der zu erwartenden Erwerbseinbusse durch die gesundheitlichen Beeinträchtigungen abhängig gemacht*. In der Praxis gelten Umschulungen unter einem IV-Grad von 20 % als relativ schwierig durchzusetzen, zumal es sich (erneut) um eine Entscheidung der zuständigen IV-Stelle handelt, die grosse Ermessenszüge enthält.

- 121 Wesentlich ist dabei die Feststellung, dass sich der massgeblich zu erreichende IV-Grad von rund 20 % in den allermeisten Fällen nach den LSE-Tabellenlöhnen bemisst. Personen, die eine Umschulung benötigen, haben selten ein tatsächliches Invalideneinkommen, ansonsten sie keiner Umschulung bedürften. Gemäss der LSE des Bundesamts für Statistik kann nun eine männliche Person in einer Hilfstätigkeit rund CHF 65'000 pro Jahr verdienen (BFS, LSE 2018 TA1, Kompetenzniveau 1, nicht indexiert, nicht auf eine 41.7 h/Woche hochgerechnet). Das entspricht einem Monatslohn von CHF 5'417 brutto. Bei Frauen geht die TA1 Tabelle im Kompetenzniveau 1 von monatlich ca. CHF 4'371 aus. Um bei einer vollen Arbeitsfähigkeit in einer (leichten) angepassten Tätigkeit einen Umschulungsanspruch (d.h. 20 % IV-Grad) zu haben, müsste ein männlicher Versicherter einen Jahreslohn als Valideneinkommen von mindestens CHF 81'250/Jahr aufweisen ($[65'000/80] \times 100$). *Der Versicherte müsste in seiner angestammten Tätigkeit CHF 6'771 pro Monat verdienen*, um bei Zugrundlegung des typischen LSE-Tabellenlohnes TA1 von CHF 5'417 eine gesundheitlich bedingte Lohn-einbusse (und damit einen IV-Grad) von ca. 20 % zu erreichen. LSE bei der Umschulung
- 122 Es handelt sich hier wohlgermerkt nicht um eine blossе Ausprägung der bereits erwähnten «Schlechtverdiener»-Problematik, gemäss welcher Geringverdiener per se grössere Schwierigkeiten haben, einen relevanten IV-Grad zu erreichen als Gutverdiener. Es bedarf einer Schärfung des Blicks dafür, welches Lohnniveau aktuell im System erforderlich ist, damit die notwendigen Voraussetzungen erfüllt werden können. Der Medianlohn über alle Berufs- und Altersgruppen liegt in der Schweiz bei rund CHF 78'500 (BFS, LSE 2018), d.h. CHF 6'541/Monat. Das zeigt, dass statistisch jeder zweite Erwerbstätige nicht von umfassenden Eingliederungsmassnahmen der IV profitieren könnte, wenn er aus gesundheitlichen Gründen zu einer beruflichen Umorientierung gezwungen wäre und *nicht zusätzlich auch in der Verweistätigkeit in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt wäre*. Diese Rechenbeispiele anhand der statistischen LSE-Tabellenlöhne sollen deutlich machen, wie schwierig es in der Praxis für versicherte Personen sein dürfte, die Eintrittshürde von rund 20 % IV-Grad zu erreichen. Keine reine «Schlechtverdiener»-Problematik
- 123 Betrachtet man nun die Ergebnisse des Büro BASS, so müsste die statistische Korrektur der TA1-Tabellenlöhne in den allermeisten Fällen mindestens 10 %, häufig aber eher 15%, betragen, um die statistische «Lohndiskriminierung» gesundheitlich eingeschränkter Personen zu korrigieren. 10 % oder sogar 15 % sind nun aber offensichtlich eine gewaltige Differenz, wenn eine versicherte Person (lediglich) eines IV-Grades von 20 % bedarf, um die für sie in der Praxis so eminent wichtige Umschulung inkl. Taggeldanspruch zu erhalten. Mit anderen Worten wirkt sich ein statistischer Fehler in der LSE-Tabelle für den IV-Grad im jetzigen System bereits stark negativ aus. Dies wird sich bei einem stufenlosen Rentensystem, bei dem nicht nur die «Schwellenwerte», Korrektur notwendig für Eingliederung

sondern zwischen einem IV-Grad von 50 und 70 % jeder einzelne Prozentpunkt zählt, weiter akzentuieren. Am stärksten wirkt sich eine statistische Lohndiskriminierung u.E. aber bei den beruflichen Massnahmen und insbesondere beim Anspruch auf eine Umschulung aus. Dort würde die durch das vom Büro BASS in den Raum gestellte Korrekturgrösse aufgrund der aufgeworfenen Lohndiskriminierung von ca. 10–15 % häufiger dazu führen, dass versicherte Personen aus dem Umstand, dass sie ihre angestammte Tätigkeit nicht mehr ausüben können, einen Anspruch auf eine Umschulung erhielten.

H. Alternativen zur heutigen LSE-Praxis

- 124 In Anbetracht der eben erwähnten Probleme, welche die Verwendung der LSE zur Ermittlung des Invalideneinkommens mit sich bringt, werden in der Literatur andere Möglichkeiten zur Ermittlung des Invalideneinkommens diskutiert. Gerade auch vor dem Hintergrund, dass das Bundesgericht den Griff zur Lohnstatistik nach ständiger Praxis als subsidiär bezeichnet, sind Alternativen zu prüfen. Nachfolgend werden die in der Literatur am häufigsten diskutierten Alternativen zur heutigen LSE-Praxis sowie deren Vor- und Nachteile etwas näher beleuchtet. Alternativen

I. Erhebungen über konkrete Arbeitsplätze

- 125 Mit der Fiktion des ausgeglichenen Arbeitsmarktes hat sich das Bundesgericht in problematischer Weise von einer individuell-konkreten Invaliditätsbemessung distanziert. Diese Rechtsprechung ist überhaupt erst die Grundlage dafür, dass auf derart stark aggregierte, ja beinahe fiktive Lohnniveaus wie die verwendeten LSE-Tabellen abgestellt werden kann. Hält man dagegen daran fest, dass das hypothetische Invalideneinkommen das Erwerbsvermögen der versicherten Person im konkreten Fall möglichst gut abbilden sollte, sind *Erhebungen über konkrete Arbeitsplätze* eine Möglichkeit, um sich einer realitätsgerechten Betrachtung anzunähern. Dazu gibt es mit der ehemaligen Datenbank «Dokumentation von Arbeitsplätzen» (DAP) auch einen Vorläufer in der Unfallversicherung. Konkrete Arbeitsplätze
- 126 In Anlehnung an die DAP-Erhebung der Suva wird von ANDREAS TRAUB die Auffassung vertreten, dass eine zentrale Stelle bei einer repräsentativen Auswahl von Betrieben periodische Erhebungen über konkrete Arbeitsplätze durchführen und auf dieser Grundlage standardisierte Stellenbeschriebe zuhanden aller interessierten Versicherungsträger erstellen soll. Entsprechend angelegte Erhebungen über die Vereinbarkeit konkreter Stellen mit den häufigsten körperlichen Einschränkungen z.B. bezüglich Arbeitshaltung, Belastbarkeit usw. wären nach TRAUB nicht nur als Quelle für realisierbare Invalideneinkommen verwendbar, sondern auch vorgängig im Zusammenhang mit der Einschätzung der Arbeitsfähigkeit sowie für die Beurteilung, ob ein von gesundheitlicher Beeinträchtigung geprägtes Leistungsprofil im ausgeglichenen Arbeitsmarkt verwertbar ist. DAP
- 127 Zu beachten ist aber, dass die funktionellen Auswirkungen psychischer Leiden und korrelierende Anforderungen an eine berufliche Tätigkeit sehr vielgestaltig und schwierig zu fassen sein können, was eine empirische Erfassung derselben in ähnlicher Weise wie bei der DAP der Suva herausfordernd erscheinen lässt. Uns erscheint dieser Ansatz dennoch interessant, da er die *medizinische* und die *erwerbliche* Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit stärker und methodisch kohärent aufeinander bezieht. Diesbezüglich besteht indes noch erheblicher Forschungsbedarf. Würdigung

II. Potenziale der LSE ausschöpfen

- 128 Denkbar wäre auch ein Ansatz, der stärker an der LSE und damit an der Lohnstatistik anknüpft. Das Potenzial der LSE für einzelfallbezogene Aussagen wird bislang bei weitem nicht ausgeschöpft. Gemäss einem Vorschlag von DIDIER FROIDEVAUX (BFS) könnte dazu etwa folgendes Vorgehen gewählt werden:
- Differenziertere Verwendung
- Profil der versicherten Person präzisieren
Palette von Merkmalen der LSE wie z.B. Wirtschaftszweige, Regionen, Bildung, Alter etc. ausnützen. Verwaltungs- und Gerichtspraxis wenden heute regelmässig einzig die drei Merkmale (privater/öffentlicher) Wirtschaftssektor, Geschlecht und Kompetenzniveau an. Je spezifischer die Profile gefasst werden, desto höher ist ihre Aussagekraft.
 - Minimales Set von festgelegten Kriterien benutzen
Systematik für die Anwendung von Kriterien fixieren
 - Quartilbereiche berücksichtigen [Q1 / Q2=Median / Q3]
Lohnverteilung für das betroffene Profil anschauen. Aufschlussreich könnte dabei namentlich sein, die Merkmale von Personen, die in die einzelnen Quartile fallen, näher zu prüfen. Konkret: Welche typischen Merkmale weisen Personen auf, die das Quartil 1 (25 % der Löhne sind tiefer), den Median (50 % der Löhne sind tiefer) oder das Quartil 3 (75 % der Löhne sind tiefer) erreichen?
 - Lohnkomponente harmonisieren [mit/ohne Boni]
Vergleichbarkeit der Lohnkomponente sichern
 - Indexierung mit dem schweizerischen Lohnindex (SLI) auf Wirtschaftszweige
Den SLI nach Branche (NOGA 2008) für die Indexierung
- 129 Dieses Vorgehen mag noch keine Antwort auf alle Kritikpunkte an der LSE geben. Namentlich wäre auch sicherzustellen, dass im jeweiligen Profil nur zumutbare Tätigkeiten berücksichtigt werden. Es wären also zumindest gestützt auf verbreitete medizinische Leistungsprofile (z.B. körperlich leichte bis mittelschwere, wechselbelastende Tätigkeiten) die zumutbaren Berufsgruppen (ISCO 08) festzulegen. Dies gilt namentlich auch deshalb, weil im Kompetenzniveau (skill level) 1 wohl viele körperlich anspruchsvolle Tätigkeiten erfasst sind, die – so jedenfalls die Hypothese – dem medizinischen Zumutbarkeitsprofil regelmässig nicht entsprechen, aber typischerweise besser entlohnt sind als andere Hilfstätigkeiten. Auch könnte sich herausstellen, dass in der Rechtsprechung immer wieder genannte Verweistätigkeiten (z.B. Museumswärter) – soweit sie überhaupt auf dem realen Arbeitsmarkt anzutreffen sind – keine reinen Hilfstätigkeiten (Kompetenzniveau 1) darstellen, weil ihre Ausübung z.B. erhöhte Ausbildungserfordernisse voraussetzt (z.B. Museumsausbildung, um Fragen von Besucherinnen und Besucher beantworten zu können).
- Schwere körperliche Tätigkeiten

- 130 Fest steht: Die gegenwärtige Verwaltungs- und Gerichtspraxis geht von fast fiktiven Lohnniveaus aus, die selbst gestützt auf die *bestehenden* lohnstatistischen Grundlagen allzu grob erscheinen. Hier wäre es Aufgabe der Aufsichtsbehörde (Art. 64 ff. IVG), einen korrekten Gesetzesvollzug sicherzustellen. Die gegenwärtige Verwaltungs- und Gerichtspraxis birgt die *Gefahr einer strukturellen bzw. systematischen Verletzung der Abklärungspflicht* (Art. 43 ATSG) – wobei es wohl nur für Juristinnen und Juristen ein Trost ist, dass immerhin alle Versicherten in vergleichbaren Verhältnissen über den gleichen Leisten geschlagen werden und man im Zweifel die «Rechtsgleichheit» anrufen kann.

III. Informationen aus dem konkreten Verfahren

- 131 Eine weitere Alternative zur LSE hat das Bundesgericht in allerdings vereinzelt gebliebenen Entscheiden selbst aufgezeigt: Lässt die Lohnstatistik keine Aussagen über konkrete Arbeitsplätze zu, können sich *Abklärungen im Einzelfall* als erforderlich erweisen, um der behördlichen Abklärungspflicht nachzukommen (Art. 43 ATSG). Der Griff zu Fiktionen in Form des ausgeglichenen Arbeitsmarktes und «fast fiktiver Lohnniveaus» ist allenfalls durch verwaltungsökonomische und finanzielle Überlegungen erklärbar, aber damit nicht ohne Weiteres zu rechtfertigen. Der Griff zu Fiktionen und zur Lohnstatistik erübrigt Abklärungen zur praktischen Verwertbarkeit der Arbeitsfähigkeit und zum realistisch erzielbaren Einkommen – was sich etwa an der geminderten Stellung der beruflichen Abklärungsstellen (BEFAS) gegenüber medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS) zeigt.
- 132 Ausgehend vom Willen des Gesetzgebers beim Erlass des IVG und der früheren Praxis des EVG könnte auf die Bedeutung von Informationen aus dem konkreten Verfahren hingewiesen werden: «Die Arbeitsmöglichkeiten, die mit der gesundheitlichen Beeinträchtigung vereinbar und nach den objektiven und subjektiven Umständen zumutbar sind, bilden strukturell nur dann den in Art. 16 ATSG vorausgesetzten Arbeitsmarkt, wenn sie in verschiedenen Ausformungen und hinreichender Zahl, also in ausreichender qualitativer und quantitativer Bandbreite, *tatsächlich vorhanden* sind. Je enger umschrieben das Anforderungsprofil und damit der Kreis der geeigneten Verweisungstätigkeiten ist, desto weiter geht die Substantiierungspflicht der Verwaltung bei der Bezeichnung entsprechender Arbeitsgelegenheiten». Dies wäre die Aufgabe der beruflichen Abklärungsstellen (BEFAS).

IV. Realitätsbezogene Pauschalisierung als *ultima ratio*?

- 133 Selbst die Verwaltungspraxis hat schon Alternativen zur heutigen Handhabung der LSE zur Invaliditätsbemessung aufgezeigt. Die frühere Praxis des BSV, grundsätzlich einen pauschalen behinderungsbedingten Abzug (zuvor: «Schwerarbeiterabzug») von 25 % von den Tabellenlöhnen und in Sonderfällen auch Abzüge über 25 % zuzulassen, dürfte den Erkenntnissen aus den vorliegenden Lohnanalysen in zahlreichen Fällen besser entsprechen als die aktuelle Gerichtspraxis. *Insofern könnte man sich fragen, ob der übliche Abzug nicht eher bei 25 % liegen sollte, mit Ausnahmen nach unten wie nach oben, was aber im konkreten Fall jeweils besonders zu begründen wäre.*

- 134 Wir erachten solch starke Pauschalisierungen allerdings als wenig zielführend. Jede Pauschalisierung läuft Gefahr, die individuell-konkrete Invaliditätsbemessung zu unterlaufen und sollte daher, wenn überhaupt, «ultima ratio» bilden. Ultima ratio

V. GAV und Lohnempfehlungen

- 135 Eine weitere denkbare Alternative zum Abstellen auf die Tabellenlöhne der LSE wäre das *Abstellen auf Gesamtarbeitsverträge*, sofern sich für die versicherte Person die Ausübung einer Erwerbstätigkeit in einer Branche, welche einen Gesamtarbeitsvertrag aufweist, als realistisch erweist. Gesamtarbeitsverträge enthalten meist auch Lohnregelungen, also Mindestlöhne und Lohnempfehlungen. Sie können insbesondere dann eine valable Bemessungsgrundlage darstellen, wenn aufgrund der konkreten Umstände anzunehmen ist, dass die GAV-(Mindest-)Lohnansätze auch das realistischerweise erzielbare Einkommen widerspiegeln. Eine ähnliche Möglichkeit wäre das Abstellen auf Lohnempfehlungen von Verbänden. Diese sind nach der Rechtsprechung aber grundsätzlich nicht heranzuziehen (z.B. diejenigen des «Kaufmännischen Verbandes Schweiz»), sondern nur in Ausnahmefällen, namentlich dann, wenn sie schon Grundlage für die Ermittlung des Valideneinkommens bilden. Richtlinien
- 136 Gesamtarbeitsverträge können nur *branchenbezogen* zur Anwendung kommen, und auch dies nur in Branchen, in welchen ein solcher besteht. Meist können aber gesundheitlich beeinträchtigte Personen ihre restliche Erwerbsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit branchenübergreifend verwerten. Als *Ergänzung* zu den Tabellenlöhnen wären indes aber sowohl die GAV als auch die Lohnempfehlungen von Verbänden ein mögliches Mittel, um zu prüfen, ob der noch zu erzielende Tabellenlohn realistisch ist. Branchenabhängig
- 137 Mindestlöhne dienen i.d.R. dem Schutz der Arbeitnehmenden. Für Menschen mit Behinderungen und eingeschränkter Produktivität kann sich dies jedoch negativ auswirken: Wenn es im GAV keine spezifische Regelung für gesundheitlich beeinträchtigte Arbeitnehmende gibt, wird diesen der Zugang zum Arbeitsmarkt allenfalls erschwert. Dieser Umstand ist beim Bezug eines GAV zur Einkommensermittlung zu berücksichtigen. Ebenfalls ist zu beachten, dass Mindestlöhne oder Lohnempfehlungen oft nicht den effektiv bezahlten Löhnen entsprechen, da es sich um Mindeststandards handelt. Sie liefern aber wichtige Hinweise zur Ermittlung von Einstiegslohnen von aggregierten Statistiken, welche mehrere Berufe oder Tätigkeiten umfassen. Schranken

VI. SAKE-Daten und Lohnrechner

- 138 Schliesslich gäbe es alternative Möglichkeiten, die hypothetischen Einkommen zu ermitteln, wie etwa die *SAKE-Daten* oder die *Lohnrechner von SGB sowie des BFS (Salarium)*. Die Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE) ist eine Personenbefragung, welche seit 1991 jedes Jahr durchgeführt wird. Sie hat zum Ziel, die Erwerbsstruktur und das Erwerbsverhalten der ständigen Wohnbevölkerung zu erfassen. Die genannten Lohnrechner von SGB und BFS verwenden die Daten der Lohnstrukturhebung und erlauben es, anhand der Berufsbezeichnung, der Branche, des (Dienst-)Alters, der Ausbildung etc. den Lohn zu berechnen. SAKE und Lohnrechner

- 139 KASPAR GERBER und SUSANNE LEUZINGER haben in jüngerer Zeit angeregt, eine (angepasste) Form des Lohnrechners «Salarium» des BFS als Berechnungsgrundlage beizuziehen oder den Beizug des Instruments zumindest vertieft zu prüfen. Auf der Grundlage der Daten der LSE wird anhand ausgewählter Merkmale mit Hilfe einer Modellrechnung der monatliche Bruttolohn optimal angenähert. Der Vorteil liegt darin, dass auf diese Weise beim Einkommensvergleich nur die statistisch-wissenschaftlich tatsächlich erhobenen Lohnkriterien eine Rolle spielen. Berücksichtigt werden Region, Branche, Berufsgruppe, Stellung im Betrieb, Wochenstunden, Geschlecht, Nationalität, Aufenthaltsstatus, Ausbildung, Alter, Dienstjahre, Unternehmensgrösse, 12./13. Monatslohn und Sonderzulagen. Salarium
- 140 Der Lohnrechner «Salarium» eignet sich aber nach Auffassung von GERBER noch nicht unbesehen zur Durchführung des Einkommensvergleichs, denn es fehlen für eine Invaliditätsbemessung nach gegenwärtiger Gerichtspraxis eine gesamtschweizerische Betrachtung der Löhne (Salarium: nur Grossregionen) und Lohnangaben über alle Branchen und Tätigkeiten hinweg. Zudem wird nur der private Lohnsektor berücksichtigt. Um die Rechtsgleichheit beim Einkommensvergleich zu gewährleisten, müssten nach GERBER zudem diejenigen Kriterien definiert werden, die bei der Definition des Lohnprofils mit Hilfe von Salarium zwingend zu beachten sind. Da der jeweilige Quartilsbereich eine relativ weite Bandbreite von Lohnbeträgen umfasst, drohen Verzerrungen, die die Höhe des Invaliditätsgrades beeinflussen können, weshalb eine noch feinere Unterteilung der lohnstatistischen Daten wünschenswert wäre. Weiter fällt die Quantifizierung der wirtschaftlichen Auswirkungen von Faktoren schwer, die nicht im Salarium ausgewiesen sind (z.B. Sprachkenntnisse). Nachteile
- 141 Mit dem Lohnrechner «Salarium» könnte nach GERBER das Valideneinkommen lohnstatistisch eingeordnet werden, entsprechend der heutigen Parallelisierung im Sinne des Vergleichs mit dem branchenüblichen Lohn. Auch das Invalideneinkommen könnte damit berechnet werden. Dabei wäre aber zu beachten, dass gewisse gesundheitsbedingte Faktoren bereits mit den möglichen Parametern des Lohnrechners berücksichtigt werden können, andere hingegen nicht, weil sie nicht im Lohnrechner enthalten sind. Beim allfälligen anschliessenden Tabellenlohnabzug könnten dann nur noch Faktoren berücksichtigt werden, die nicht schon vorher bei der Berechnung des Invalideneinkommens miteinbezogen worden sind. Vorgehen
- 142 Die Vorschläge von GERBER und LEUZINGER weisen unsers Erachtens in die richtige Richtung: Der Lohnrechner «Salarium» hat zumindest das Potenzial, weit differenziertere und realitätsgerechtere Invaliditätsbemessungen zuzulassen. Der Lohnrechner beruht auf der LSE, weshalb damit kein grundsätzlicher Systemwechsel einhergeht. Würdigung

I. Folgerungen / Lösungsansätze

I. Folgerungen

- 143 Die Frage nach der praktischen Verwertbarkeit der verbleibenden Arbeitsfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt gehört nach unserer Auffassung zu den *Kernfragen der Invalidenversicherung*. Wie der Bundesrat in der Botschaft zur Invalidenversicherung ausführte, bemisst sich die verbleibende Erwerbsfähigkeit nach dem Einkommen, das der Invalide durch eine *ihm zumutbare Tätigkeit* erzielen kann. Welche Tätigkeiten zumutbar sind, bestimmt sich nach den *Verhältnissen des Einzelfalls*. Verwertbarkeit
- 144 Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei der praktischen Verwertbarkeit der (Rest-) Erwerbsfähigkeit um eine Frage, die nur *bejaht oder verneint* werden kann, wobei in einer Mehrheit der Fälle sich eine Unzumutbarkeit nachvollziehbarerweise nicht begründen lassen würde. Grundsätzlich und im Regelfall ist davon auszugehen, dass die versicherte Person ihre (Rest-)Erwerbsfähigkeit nach Eintritt der gesundheitlichen Einschränkung *in irgendeiner Form noch verwerten kann*. Es genügt, dass der versicherten Person bei normaler, ausgeglichener Konjunkturlage eine realistische Erwerbschance verbleibt; das Finden der konkreten Arbeitsstelle ist nicht versichert. Erwerbschance
- 145 Hier kommt die Figur des ausgeglichenen Arbeitsmarktes ins Spiel: Die praktische Verwertbarkeit der (Rest-)Erwerbsfähigkeit muss auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt gegeben sein. Zur Erinnerung: Der ausgeglichene Arbeitsmarkt beinhaltet einerseits ein gewisses Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage nach Arbeitskräften und weist einen Fächer an verschiedenen Tätigkeiten auf. Da sich der Invaliditätsgrad anhand des Einkommensvergleichs bemisst, und nur in sehr wenigen Fällen zu diesem Zweck auf ein konkret erzieltetes Invalideneinkommen abgestellt werden kann, greifen Verwaltungs- und Gerichtspraxis auf die Tabellenlöhne der LSE zurück. Das Heranziehen von Tabellenlöhnen ist damit beinahe eine systemische Notwendigkeit für die Mehrzahl der Fälle, in denen die versicherte Person im Zeitpunkt der Invaliditätsbemessung (noch) keine angepasste Verweistätigkeit ausübt und damit über kein tatsächliches Invalideneinkommen verfügt. Die Verwendung von Tabellenlöhnen und insbesondere der konkret zur Anwendung gelangenden LSE-Tabellenlöhne führt jedoch auch zu einer Vielzahl von Problemen, welche in Kapitel G. ausführlich dargelegt sind. Ausgeglichener Arbeitsmarkt
- 146 Problematisch dabei ist nicht die Verwendung der Tabellenlöhne an und für sich, sondern die *Art und Weise*, wie diese verwendet werden: Zur Ermittlung und Berechnung des IV-Grades werden in der Regel die Medianlöhne der auf der LSE beruhenden Tabelle, die den monatlichen Bruttolohn (Zentralwert) nach Wirtschaftszweigen, Kompetenzniveau und Geschlecht enthält (TA1_tirage_skill_level), verwendet. Durch das Abstellen auf die Medianlöhne werden *die versicherten Personen ungeachtet ihrer persönlichen Lebensumstände und auch ungeachtet der Art ihrer gesundheitlichen Einschränkung über einen Leisten geschlagen*. Der Medianlohn gibt keine Auskunft darüber, welche Chancen ein Individuum hat, tatsächlich als Einkommen auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt zu erzielen, denn dies ist abhängig einerseits von bestimmten Tabellenlöhne

personenbezogenen Merkmalen wie bspw. Alter, Geschlecht, Nationalität und Ausbildung, andererseits von strukturellen Gegebenheiten auf dem Arbeitsmarkt wie bspw. Wirtschaftszweig oder auch die Grossregion. Der Gesundheitszustand der Arbeitnehmenden wird in der LSE nicht erhoben. *Lohnstatistische Analysen zeigen indes klar auf, dass das Lohnniveau von gesundheitlich beeinträchtigten Personen tiefer ist als dasjenige von Personen ohne (starke) gesundheitliche Einschränkungen.*

- 147 Ein weiteres Problem liegt im Abstellen auf die Kompetenzniveaus 1–4 der LSE: Die Kompetenzniveaus enthalten keine Information darüber, welche körperlichen Anforderungen an eine bestimmte ausgeübte Tätigkeit gestellt werden und ob eine Person mit bestimmten gesundheitlichen Einschränkungen dafür geeignet wäre, eine solche Stelle anzutreten. Es gibt zumindest Hinweise darauf, dass für Tätigkeiten, die dem Kompetenzniveau 1 oder 2 zugeordnet werden, *das Lohnniveau für körperlich anstrengende Tätigkeiten eher höher* ist als für körperlich eher weniger anstrengende. Dies führt dazu, dass bei Versicherten, die keine körperlich anstrengenden Tätigkeiten mehr ausüben können, zu hohe Vergleichseinkommen in die Invaliditätsgradberechnung miteinbezogen werden. Man stellt also (auch) auf Einkommen von Tätigkeiten ab, die für die versicherte Person aus gesundheitlichen Gründen gar nicht mehr in Betracht kommen können. Kompetenzniveau
- 148 Um diesen Umständen gerecht zu werden, entwickelte die Rechtsprechung den Tabellenlohnabzug. Er ist an sich dazu bestimmt, der *Einzelfallgerechtigkeit* zu dienen, und soll dazu führen, dass persönliche und berufliche Merkmale berücksichtigt werden können. Wie dargelegt, scheint die praktische Anwendung des Tabellenlohnes aber eher zufällig und wenig bis gar nicht strukturiert. Es gibt zwar eine Vielzahl von invaliditätsbedingten und invaliditätsfremden Merkmalen, die gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich einen lohnrelevanten Faktor darstellen können und somit mehr oder weniger häufig zu einem Abzug vom Tabellenlohn führen. Jedoch existieren keine klaren Kriterien oder Leitlinien – weder isoliert für die einzelnen Merkmale als auch bei kombiniertem Vorliegen mehrerer Merkmale –, anhand denen ein Tabellenlohnabzug vorgenommen werden soll oder eben nicht. Die Bestimmung des Abzugs und insbesondere dessen korrekte Höhe innerhalb der relativ grossen Spannbreite von 5%–25 % erscheint bisweilen willkürlich. Tabellenlohnabzug

II. Eigener Lösungsansatz

- 149 In kritischer Distanz zur heutigen Praxis der Invaliditätsbemessung schlagen wir vor, bereits auf der Ebene «Lohnstatistik» durch *möglichst realitätsnahe Lohnprofile bzw. Lohn Tabellen* den Umständen des Einzelfalls gerecht(er) zu werden. Die Potenziale der LSE für eine differenzierte, realitätsnahe Betrachtung sind bei weitem nicht ausgeschöpft. Darauf hat vor knapp fünf Jahren auch bereits das Bundesgericht hingewiesen, ohne dass dies bislang umgesetzt worden wäre. Allgemein gilt: *Je realitätsgerechter die Tabellenlöhne sind, desto eher erübrigen sich Parallelisierung und Tabellenlohnabzug*, deren Ausgestaltung und Handhabung in Verwaltungs- und Gerichtspraxis unbefriedigend geblieben sind. Lohnprofile

- 150 Unseres Erachtens ist die Invaliditätsbemessung *de lege lata* und unter Berücksichtigung legitimer *Praktikabilitätsbedürfnisse* in **drei Schritten** näher an die Realität heranzuführen, wobei sich unser Lösungsansatz auf die Erkenntnisse lohnstatistischer Sachverständiger abstützt. Potenziale LSE
- 151 **1. Abstellen auf den unteren Quartilsbereich (Q1-Lohn)** Quartile
 Die lohnstatistischen Analysen zeigen klar auf, dass das Lohnniveau von gesundheitlich beeinträchtigten Personen tiefer ist als dasjenige von Personen ohne (starke) gesundheitliche Einschränkungen. Dies spiegelt sich in der aktuellen Nutzung der Tabellenmedianlöhne der LSE (TA1) aber nicht wider. Gemäss lohnstatistischen Erkenntnissen kann überschlagsmässig davon ausgegangen werden, dass der «mittlere» Lohn von Personen mit gesundheitlichen Einschränkungen in etwa dem Lohn auf der 1. Quartilsgrenze (Q1) gemäss LSE entspricht. Dies rechtfertigt es aus statistischer Sicht, als Ausgangswert auf den unteren Quartilsbereich (Q1-Lohn) und nicht auf den Medianlohn (Zentralwert; Q2-Lohn) abzustellen. Ein Wechsel der Quartilsgrenzen ist per sofort angezeigt, insbesondere beim dem in der Praxis verbreiteten Beizug der *Tabelle TAI_tirage_skill_level* und dem Abstellen auf das Kompetenzniveau 1.
- 152 **2. Tabellen auf der Basis geeigneter Funktionsprofile bzw. Tätigkeiten** Funktionsprofile
 Gestützt auf verbreitete medizinische (Standard-)Funktionsprofile (z.B. körperlich leichte bis mittelschwere, wechselbelastende Tätigkeiten) sind die für gesundheitlich beeinträchtigte Personen in Betracht fallenden, zumutbaren Berufsgruppen (ISCO 08) festzulegen. Gerade für Personen, die ein tiefes Bildungsniveau aufweisen und nur noch leichte körperliche Arbeiten ausführen können, erscheint gemäss lohnstatistischen Erkenntnissen eine Abstützung auf das Kompetenzniveau 1 wenig zielführend, da in dieser Kategorie per se nur Berufe mit einfachen Tätigkeiten *körperlicher oder handwerklicher Art* aufgelistet werden. Dabei besteht ein entscheidender Unterschied, ob eine Person aufgrund ihres Bildungsniveaus und ihrer beruflichen Erfahrung «nur» einfache, repetitive Tätigkeiten ausüben kann oder ob diese *zusätzlich auch jedenfalls leicht, d.h. körperlich nicht belastend, sein müssen*. Letzteres wird im Kompetenzniveau 1 gerade nicht differenziert erfasst. Dazu könnte namentlich abgeklärt werden, ob basierend auf der sehr differenzierten 4-stelligen ISCO-08 Klassifizierung Berufe für bestimmte Fallgruppen von Personen mit spezifischen gesundheitlichen Einschränkungen zugeordnet werden könnten. Auf dieser Basis wären dann die Tabellenlöhne festzulegen. Per sofort – d.h. im Zuge der Weiterentwicklung der IV – wäre vorübergehend und bis zum Vorliegen differenzierterer lohnstatistischer Angaben zumindest (wieder) ein Tabellenlohnabzug bei Einschränkung der Verweistätigkeiten im Kompetenzniveau 1 zuzulassen, und zwar nicht erst beim Hinzutreten ausserordentlicher Umstände, gerechnet auf einem fiktiven (ausgeglichenen) Arbeitsmarkt. Die Höhe dieses Abzuges im Sinne einer Übergangslösung bis zur Verfügbarkeit differenzierterer Lohntabellen könnte der Bundesrat passenderweise im Zuge der Weiterentwicklung der IV auf Verordnungsstufe (IVV) festlegen. Dabei könnte er sich an der diesbezüglich sehr reichhaltigen Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie dem diesbezüglichen Vorreiter des «Schwerarbeiter-Abzuges» orientieren.

- 153 **3. Ausschöpfen der Potenziale der LSE** Lohnrelevante Faktoren
- Die lohnstatistischen Analysen zeigen klar, dass mehr als die drei bisher berücksichtigten lohnrelevanten Faktoren (Sektor, Geschlecht, Kompetenzniveau) eine wichtige Rolle in Bezug auf die Lohnchancen spielen. Je spezifischer die Lohnprofile gefasst werden, desto höher ist ihre Aussagekraft. Die LSE erfasst bereits heute eine breite Palette von Merkmalen, wie z.B. Wirtschaftszweige, Regionen, Bildung, Alter etc., die künftig stärker berücksichtigt werden könnten. Dies wird von Sachverständigen der Lohnstatistik seit Längerem vorgebracht. Umso bedauerlicher ist, dass der Bund hier bislang untätig geblieben ist, ja mit der Vorlage zur Weiterentwicklung der IV sogar noch stärker abstrahieren will als bisher.
- 154 Der Lohnrechner «Salarium» kann im Einzelfall zur Plausibilisierung der gefundenen Ergebnisse dienen. Einen vielversprechenden Ansatz sehen wir auch in Erhebungen über konkrete Arbeitsplätze, wobei hier noch erheblicher Forschungsbedarf besteht. Detaillierten Abklärungen im Einzelfall stehen wohl Praktikabilitätsanforderungen entgegen, während allzu starke Pauschalisierungen zu vermeiden sind. Es gilt allgemein: Die Verwaltungspraxis darf mit lohnstatistischen Grundlagen und gewissen Annahmen arbeiten – allerdings nur unter den kumulativen Voraussetzungen der Realitätsnähe der Annahmen sowie der Möglichkeit der Abweichung im Einzelfall. Realitätsnähe und Einzelfall
- 155 Per sofort – d.h. im Zuge der Weiterentwicklung der IV – wären vorübergehend und bis zum Vorliegen differenzierterer lohnstatistischer Angaben zumindest Tabellenlohnabzüge bei Faktoren zuzulassen, die sich bei einem gesundheitsbedingten Stellenwechsel lohnmindernd auswirken können und die in der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis auch regelmässig anerkannt werden. Dabei zielt der im Verordnungsentwurf geplante 10 %-Abzug für Teilzeitarbeit in die u.E. richtige Richtung einer stärkeren Pauschalisierung mit gleichzeitig verbindlicherem Anspruchscharakter, dies anstelle der bisherigen freien Ermessensausübung durch die Verwaltung und Gerichte. Vorübergehende Tabellenlohnabzüge
- 156 Kein gangbarer Weg ist es unseres Erachtens, unter Hinweis auf die Parallelisierung eines unterdurchschnittlichen Validenlohns die «fast fiktiven Lohnniveaus» der LSE beizubehalten und das Korrektiv des Tabellenlohnabzugs sogar weitgehend abzuschaffen, wie dies in der Vernehmlassung zur Revision der IVV (WEIV-Vorlage) vorgeschlagen wird. Abgesehen davon, dass das Bundesgericht ein solches Vorgehen ausdrücklich verworfen hat, bleiben mit einem solchen Vorgehen all jene Faktoren ausgeklammert, die sich (erst) bei einem gesundheitsbedingten Stellenwechsel lohnmindernd auswirken: Eine solch einseitige Verschärfung zulasten der Versicherten erfolgt ohne gesetzliches Mandat. Hinweis auf WEIV

K. Kernpunkte (Zusammenfassung)

Die nachfolgenden zehn Thesen bilden die Quintessenz des Rechtsgutachtens «Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung» vom 22. Januar 2021 («Gutachten»), auf das sich auch die nachstehenden Randzifferangaben beziehen. Sie fassen die zentralen Erkenntnisse aus den verschiedenen Kapiteln des Gutachtens in Kürzestform zusammen. Die gewollt pointierte Formulierung soll direkt auf die festgestellten Kernproblematiken aufmerksam machen. Der Einstieg in die vertieften Argumentationen und Begründungen der Thesen sollte mittels den auszugsweisen Verweisungen auf die jeweiligen Abhandlungen im Rechtsgutachten sichergestellt werden.

Thesen:

1. *Der Begriff des «ausgeglichenen Arbeitsmarktes» diene ursprünglich dazu, zufällige konjunkturelle Einflüsse (z.B. Rezessionen) auf den realen Arbeitsmarkt zu bereinigen, um eine gleichmässige Berechnung des Invaliditätsgrades zu ermöglichen. In den letzten Jahrzehnten haben Verwaltungs- und Gerichtspraxis die Bedeutung des Begriffs jedoch schleichend zu einer weitgehend fiktiven Betrachtung verschärft, bei der auch dauerhafte Veränderungen der realen Arbeitsmarktverhältnisse (z.B. Strukturwandel, Digitalisierung) zu Lasten der Versicherten nicht mehr berücksichtigt werden. (Gutachten, Rz. 16–74; Rz. 79 f.; Rz. 157; Rz. 209 f.; Rz. 263).*
2. *Die Frage, ob eine ärztlich attestierte Arbeitsfähigkeit auf dem (ausgeglichenen) Arbeitsmarkt noch verwertbar ist, kann naturgemäss nur bejaht oder verneint werden. Grundsätzlich ist von der Verwertbarkeit auszugehen. Die konkreten Umstände des Einzelfalls können auf dieser Stufe folglich einzig im Rahmen einer griffigen **Härtefallregelung** berücksichtigt werden, was in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis bisher nur ungenügend umgesetzt wird. (Gutachten, Rz. 263–268; Rz. 271 f.; Rz. 286–292)*
3. *Im Sinne einer griffigeren Härtefallregelung müsste die **Verwertbarkeit** der Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit ab einem Alter von 60 Jahren oder bei Arbeitsprofilen, die nur bei einem sozialen Entgegenkommen des Arbeitgebers überhaupt vorhanden sind («Nischenarbeitsplätze»), unseres Erachtens vermutungsweise als realitätsfern und damit als unzumutbar gelten. (Gutachten, Rz. 269–279; Rz. 286–292)*

4. *Wird für die Bestimmung des Invalideneinkommens auf **statistische Lohndaten** zurückgegriffen (LSE), müssen diese Durchschnitts- und Medianwerte an den Einzelfall angepasst werden. In der aktuellen Verwaltungs- und Gerichtspraxis existieren dafür über ein Dutzend invaliditätsbedingte und invaliditätsfremde Merkmale, denen regelmässig mit einem Abzug vom Tabellenlohn von 5–25 % Rechnung getragen wird. Die mit der **IV-Reform** (Weiterentwicklung der IV) vorgesehene, (fast) ersatzlose Abschaffung des Tabellenlohnabzuges würde folglich zu einer massiven **Verschärfung** der Rentenpraxis führen. (Gutachten Rz. 318– 321; Rz. 686–688)*
5. *Der Tabellenlohnabzug ist das wichtigste juristische Korrekturinstrument bei der Verwendung statistischer Lohndaten (vgl. These 4). In der konkreten Anwendung präsentiert sich die Verwaltungs- und Gerichtspraxis der letzten 20 Jahre jedoch **ausufernd und inkonsistent**, was eine rechtsgleiche und rechtssichere Anwendung der abzugsrelevanten Merkmale stark erschwert. (Gutachten, Rz. 689–694)*
6. *An einer zentralen Stellschraube der Invaliditätsbemessung (Invalideneinkommen) besteht mit der Möglichkeit eines Tabellenlohnabzugs von max. 25 % ein ganz erheblicher Ermessensspielraum. Die Ausübung dieses Ermessens mit dem Ziel, einen prozentgenauen Abzug festzulegen, stösst aufgrund der sehr vagen rechtlichen Vorgaben an ihre Grenzen und unterliegt zudem lediglich einer **beschränkten gerichtlichen Überprüfung**. (Gutachten, Rz. 695–704)*
7. *Die in der Praxis häufig verwendeten LSE-Tabellen im niedrigsten Kompetenzniveau 1 umfassen definitionsgemäss Löhne für einfache Tätigkeiten körperlicher und handwerklicher Art. Im Gegensatz dazu stellt eine körperlich nur noch leichte, wechselbelastende Verweistätigkeit in der Praxis ein sehr häufig anzutreffendes Stellenprofil dar. Die verwendeten **Lohndaten** umfassen somit auch eine **Vielzahl ungeeigneter und unzumutbarer Stellenprofile**, die aufgrund der körperlich anstrengenden Arbeit tendenziell höher entlohnt werden, was zu einem überhöhten hypothetischen Invalideneinkommen und damit zu einem tieferen IV-Grad führt. (Gutachten, Rz. 708 f.; Rz. 712–717)*
8. *Die erhobenen LSE-Lohndaten beruhen auf **Löhnen von gesunden Personen**. Statistisch lässt sich jedoch nachweisen, dass gesundheitlich beeinträchtigte Personen zwischen 10–15 % weniger verdienen als gesunde Personen in der gleichen Tätigkeit. Weist die versicherte Person gesundheitliche Einschränkung auf, deretwegen sie ihre angestammte Tätigkeit aufgeben musste, und wird das*

*Invalideneinkommen infolgedessen gestützt auf einen LSE-Tabellenlohn festgesetzt, führt dies unweigerlich zu einer statistischen Lohndiskriminierung und zu einem zu **tiefen IV-Grad** der beeinträchtigten Person.* (Gutachten, Rz. 718–723; Schlussbericht Büro BASS S. 17 ff.)

9. *Der Anspruch auf berufliche Massnahmen der IV – allen voran die Umschulung – ist von der zu erwartenden Erwerbseinbusse abhängig, die häufig nur unter Bezug der LSE-Tabellen ermittelt werden kann. Indifferent erhobene und zu hoch ausgewiesene Tabellenlöhne (vgl. These 7 und 8) wirken sich somit nicht nur auf die Rentenpraxis aus, sondern entpuppen sich auch als **Hindernis für den Eingliederungsauftrag** der Invalidenversicherung.* (Gutachten, Rz. 747–757)

10. *Die Anwendung der bestehenden LSE-Tabellen sowie die Korrektur über den Tabellenlohnabzug weisen diverse Schwachpunkte auf (vgl. These 5, 6, 7, 8, 9) und sollten gemäss Bundesgericht denn auch nur eine Übergangslösung sein. Mit der vorgesehenen Ausgestaltung der Invaliditätsbemessung auf Verordnungsstufe (Reform Weiterentwicklung der IV) drohen diese **Schwachpunkte auf lange Sicht zementiert** und sogar noch verstärkt zu werden (vgl. These 4), womit die Invaliditätsbemessung noch weiter zur Fiktion zu verkommen droht.* (Gutachten, Rz. 317–321; Rz. 777–790)